

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

EDUARDO MESQUITA PEREIRA ALVES

**CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO NO JAPÃO: REFLEXÕES EM
TORNO DO ART. 9º, RENÚNCIA À GUERRA E AUTODEFESA**

Curitiba

2011

EDUARDO MESQUITA PEREIRA ALVES

**CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO NO JAPÃO: REFLEXÕES EM
TORNO DO ART. 9º, DA RENÚNCIA À GUERRA E FORÇAS DE AUTODEFESA**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Público da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel no
Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Rodrigo Luís Kanayama

Curitiba

2011

Aos meus pais Osny e Sonia, que me deram as condições materiais, intelectuais e morais necessárias para estudar nessa Instituição de Ensino de qualidade extraordinária, como também escolher meus rumos na segurança de poder contar com seu apoio sempre presente.

À Fernanda, por estar sempre ao meu lado, incentivando meu desenvolvimento intelectual sem me permitir esquecer o amor como característica essencial no desenvolvimento do ser humano.

À meu irmão, Fabio, cuja espírito de viajante foi fundamental na minha escolha por também viajar.

À Universidade Soka, Fundação Makiguchi e todos seus funcionários e professores, que me concederam a honra de passar um ano ao seu lado, estudando, aprendendo e convivendo com todos como uma verdadeira família.

*“(...) minha ambição não é fazer com que cresçam e desabem pilhas de autos que me dizem respeito, mas trabalhar tranquilamente como pequeno agrimensor numa pequena
escrivania”*

- K. (O Castelo)

RESUMO

O presente trabalho tem como tema processo de formação do Constitucionalismo Japonês, culminando com a análise do art. 9º da Constituição do Japão de 1947, cujas disposições concernentes à renúncia à guerra suscitam até hoje discussões quanto aos conceitos apresentados e aos limites propostos. Sistemas constitucionais estrangeiros podem ser fontes de solução de problemas da sistemática pátria, e, ainda que a renúncia à guerra não faça parte da realidade brasileira, é relevante na compreensão de institutos presentes em nosso ordenamento e na identificação de problemáticas ainda não cogitadas pelos juristas nacionais. A partir da análise das conjunturas históricas, sociais e políticas japonesas, o trabalho procura fornecer o instrumental para a compreensão dos dispositivos que formaram a imagem do Japão como nação pacifista após a Segunda Guerra Mundial. Ao fim, após a exposição das opiniões de juristas e dos próprios redatores do texto constitucional, apresenta aplicação prática do tema abordado, a partir do estudo da adequação das Forças de Autodefesa do Japão com o art. 9º adotada pelo governo japonês, bem como das soluções propostas pelo Poder Judiciário diante de questionamentos judiciais.

Palavras-chave: Constituição do Japão, artigo 9º, renúncia à guerra, história do Japão, Forças de Autodefesa

ABSTRACT

This paper's theme is the study of the Japanese Constitutionalism's formation process, leading to the analysis of article 9 from 1947's Constitution, whose disposition concerning renounce to war raise, even today, discussions related to its concepts and limitations. Foreign constitutional systems may represent the source for national problem's solutions, and even if renounce to war is not a Brazilian reality, it is relevant to comprehend institutions that exist in our juridical order, as well as to identify problematic not yet rose by national jurists. Starting from the analysis of the Japanese historical, social and political conjuncture, this work attempts to provide the instruments necessary for the comprehension of legal devices that constructed Japan's image as a pacifist nation after World War II. In the end, after exposing jurists and constitutional redactors opinions, it presents practical applications related to the addressed theme, from the adequacy of Japan's Self-Defense Force and article 9 adopted by the Japanese Government, as well as from the solutions proposed by the Judiciary when facing judicial demands.

Keywords: The Constitution of Japan, article 9, renounce to war, history of Japan, Japanese Self-Defense Force

GLOSSÁRIO

Ashida Hitoshi (芦田均 - 1887-1959): Político da direita japonesa, exerceu três mandatos como parlamentar na Câmara dos Representantes, foi também Primeiro Ministro (1948). Propôs a mais relevante alteração no Projeto da Constituição de 1947.

Bakufu (幕府): ou Shogunato, designa o sistema de governo japonês baseado na ditadura militar exercida pelo *Shogun*.

Câmara dos Conselheiros (参議院 - *sangiin*): Câmara Alta da Dieta, criada pela Constituição de 1947 em substituição à Câmara dos Pares. Composta por 242 membros com mandato de 6 anos

Câmara dos Pares (貴族院 - *kizokuin*): Câmara Alta da Dieta Imperial na sistemática da Constituição Meiji, destinada à aristocracia japonesa, nos moldes da Câmara dos Lordes britânica

Câmara dos Representantes (衆議院 - *shuugiin*): Câmara Baixa da Dieta Imperial, mantida na sistemática da Constituição Meiji. Composta por 480 membros eleitos para mandatos de 4 anos.

Charles L. Kades (1906-1996): Militar e advogado americano, Chefe e Vice Diretor da Seção de Governo do Quartel General da Ocupação, exerceu papel central na redação do Projeto da Constituição de 1947.

Comandante Supremo dos Poderes Aliados (Supreme Commander for the Allied Powers - SCAP): O termo se refere individualmente aos Generais MacArthur ou Ridgeway, que ocuparam o cargo, mas também coletivamente ao Quartel General por eles comandado SCAP stands for. The term is used to refer individually to either General MacArthur or General Ridgeway, the two occupants of this office, and collectively to the General Headquarters that they commanded.

Comissão do Extremo Oriente (Far Eastern Commission – FEC): foi criada pelo Acordo de Moscou em 27 de dezembro de 1945, incluindo a União Soviética aos dez países que compunham a antiga FEAC. A Comissão tinha por objetivo formular políticas, princípios e *standards* que garantissem o cumprimento, por parte do Japão, das obrigações assumidas com o termo de rendição

Comitê de Investigação das Questões Constitucionais (憲法調査問題委員会) ou **Comitê Matsumoto**: Comitê do Gabinete encarregado de elaborar projeto de Revisão da Constituição Meiji durante a Ocupação, liderado pelo Primeiro Ministro Matsumoto Jouji.

Comodoro Matthew Galbraith Perry (1794-1858): Comodoro dos Estados Unidos, comandou duas expedições ao Japão que culminaram com as aberturas do país que encontravam-se fechados às nações estrangeiras desde o século XVII.

Conselheiro Chefe (老中- *roujuu*): Alto cargo oficial durante o período Edo, refere-se individualmente aos oficiais do *Shogun* equivalentes ao que hoje consideramos como Ministros de Estado, ou coletivamente ao órgão que compunham.

Conselho Central (参議 - *Sangi*): Corpo Administrativo dentro do *Daijoukan* composto pelos Ministérios do Governo Meiji.

Conselho Privado (枢密院 - *Suumitsuin*): Corpo de Conselheiros do Imperador entre 1888 e 1947. Essencialmente substituiu o *Genrou*, exercendo funções relevantes junto ao trono, aconselhando quanto às emendas constitucionais, interpretações da Constituição e também exerceu a função de Assembléia Constituinte em 1889.

Courtney Whitney (1897 – 1969): advogado americano e Major General do Exército dos Estados Unidos, foi diretor da Seção de Governo da Ocupação e comandou a redação do Projeto da Constituição de 1947

Daimyo (大名): Senhores feudais do Japão Pré-Moderno, parcialmente subordinados apenas ao *Shogun*.

Dajoukan (太政官): Departamento de Estado do Governo meiji entre 1868 e 1885, concentrava as atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Democracia Taisho: Período de idealismo e participação política da burguesia e classe trabalhadora que durou de 1905 a 1930, marcando uma época de desenvolvimento da democracia no Japão antes da Segunda Guerra Mundial.

Dieta (国会): Parlamento Bicameral Japonês.

Dinastia T'ang: Dinastia Chinesa que durou dos anos 618 a 907.

Douglas MacArthur (1880 – 1964): General americano que Comandou o Quartel General da Ocupação no Japão de 1945 a 1948 como Comandante Supremo dos Poderes Aliados, exercendo papel central nas diretrizes do governo japonês no pós-guerra, bem como na definição dos princípios adotados pela Constituição de 1947.

Eta (穢多): Mais baixa casta na divisão social japonesa, considerados impuros pois em geral exerciam trabalhos que exigiam contato com cadáveres humanos e carcaças de animais.

Força de Autodefesa do Japão (自衛隊 - *Jieitai*): São as forças armadas japonesas criadas em 1954 com o objetivo de figurar como órgão de defesa não-agressiva do Japão.

Gabinete (内閣 - *naikaku*): Órgão que representa o Poder Executivo Japonês.

Genroin (元老院): Espécie de Assembléia Nacional que antecedeu a Dieta antes de 1890. Sem poder de iniciativa legislativa, fazia apenas recomendações. Foi encarregado de elaborar o Projeto da Constituição Meiji.

Han (藩) – Denominação dada aos feudos durante o Período Edo.

Hansekihoukan (版籍奉還): Refere-se ao retorno da propriedade dos feudos e de sua população dos senhores feudais ao Imperador em 1869.

Hermann Roesler (1834 – 1894): Jurista e economista alemão, foi conselheiro do Gabinete e colaborou na elaboração da Constituição Meiji e do Código Comercial Japonês.

Imperador Komei: (1831 – 1867): 121º Imperador do Japão, reinou de 1846 até a sua morte. Nutria sentimentos anti-estrangeiros e representou grande barreira para a abertura dos portos japoneses.

Kijuurou Shidehara (1872 – 1951): Diplomata, Ministro do Exterior, pacifista e Primeiro Ministro do Japão durante a Ocupação Americana (1946-1945).

Kokutai (国体): Expressão carregada de significado político, geralmente se refere à unidade do caráter e da política nacional como base para a soberania do Imperador.

Período Edo (江戸時代): ou Período Tokugawa, iniciou em 1603 e durou até 1868. Marca a hegemonia da família Tokugawa no *bakufu*.

Período Taisho (大正時代): Período da história japonesa que dura de 1912 a 1926. Momento de desenvolvimento da democracia e ideais liberais no Japão.

Polícia Nacional da Reserva (警察予備隊): Organização armada japonesa criada em 1950 que antecedeu as Forças de Preservação da Paz e as Forças de Autodefesa do Japão.

Quartel General da Ocupação Militar Americana (Ocupação): vide SCAP

Rebelião de Satsuma (西南戦争 – *seinannsensou*): Rebelião de ex-samurais insatisfeitos com o governo Meiji em 1877. Foi a última grande revolta armada contra o novo governo.

Ritsuryou (律令): Sistema histórico de leis no Japão baseados no Confucionismo e Legalismo Chinês.

Sakoku (鎖国): Política externa japonesa de reclusão que durou de 1633 à 1853, na qual a presença estrangeira no Japão foi proibida, com raríssimas exceções.

Samurai (侍): Casta militar do Japão Antigo e Feudal.

Seitaisho (政体書): Documento que lançou os princípios, leis e estruturas fundamentais do governo Meiji em 1868.

Shikimoku (式目): Conjunto de leis do Japão feudal que buscou uniformizar o sistema legal existente com as transformações na sociedade militarizada.

Shinto (神道): Conjunto de regras e práticas espirituais japonesas que constituem o Xintoísmo.

Shogun (征夷大將軍 – seitaishougun): Ditador militar hereditário japonês, detentor do poder secular e político no Japão, derivando sua autoridade do Imperador.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL JAPONÊS	10
2.1 BREVE VISÃO DA CULTURA JURÍDICA JAPONESA PRÉ-RESTAURAÇÃO	10
2.2 A RESTAURAÇÃO MEIJI	13
2.3 OCIDENTALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO	19
2.4 CONSTITUIÇÃO MEIJI OU CONSTITUIÇÃO DO GRANDE IMPÉRIO JAPONÊS	23
2.4.1 Processo de elaboração da Constituição Meiji	23
2.4.2 Aspectos Gerais da Constituição Meiji	26
3 DA OCUPAÇÃO AO ARTIGO 9º	32
3.1 DEMOCRATIZAÇÕES, IMPERIALISMO E DERROTA	32
3.2 <i>NIHONKOKUKENPOU</i> – CONSTITUIÇÃO DE 1947	35
3.2.1 Processo de elaboração da Constituição	35
3.2.2 Principais características da nova Constituição	42
4 RENÚNCIA À GUERRA E PACIFISMO: ART. 9º	48
4.1 PAZ COMO PRINCÍPIO NO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO	48
4.2 O ARTIGO 9º	51
4.2.1 Caput do art. 9º introduzido pela Reforma Ashida	51
4.2.2 Parágrafo Único do Art. 9º	62
4.3 Síntese	69
5 CONTROVÉRSIA EM TORNO DA COMPATIBILIDADE DAS FORÇAS DE AUTODEFESA E A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL VISTA A PARTIR DO ART. 9º	72
5.1 HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DAS FORÇAS DE AUTODEFESA	72
5.2 DEBATES TRAVADOS NO PODER EXECUTIVO	74
5.3 ESTUDO DE CASOS	77

5.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade da Polícia Nacional de Reserva	77
5.3.2 Inconstitucionalidade Incidental no Caso Eniwa	79
5.3.4 Inconstitucionalidade do Tratado de Segurança entre Japão e Estados Unidos no Caso Sunagawa	80
5.3.5 Caso Naganuma Nike	83
5.3.6 Base Aérea de Hyakuri	84
6. CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

1 INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídicos orientais são tradicionalmente pouco estudados em terras brasileiras, o que pode ser fruto de uma dificuldade idiomática ou do temor de um distanciamento cultural muito grande, a despeito da populosa colônia japonesa que aqui habita ou do exemplo dos Estados Unidos e diversas nações Européias cujas principais Universidades muitas vezes possuem departamentos específicos para essa espécie de pesquisa.

O Brasil possui grande deficiência na análise comparada desses ordenamentos, e mesmo o Japão, que durante muitos anos ocupou o lugar de segunda maior economia do mundo, conhecido pela segurança, organização e eficiência de suas instituições não encontra quantidade relevante de estudos jurídicos em língua portuguesa.

Nesse cenário, a primeira surpresa do jurista que se defronta com o sistema jurídico japonês é a descoberta de que não se trata de um ordenamento exótico e incompreensível ao estudioso brasileiro, mas sim de uma nação que adota o Civil Law com forte influência francesa e alemã, e cujo Constitucionalismo tem base prussiana e posteriormente americana.

Identificada a semelhança, não parece loucura acreditar na possibilidade de um estudo comparado que produza frutos de aplicação efetiva teórica e prática, mas a comparação esbarra na ausência de bibliografia especializada sobre o tema, inexistente em língua portuguesa e que, apesar de numerosa na língua inglesa, por vezes esbarra na interpretação voltada ao jurista do Common Law.

Numa tentativa de possibilitar o estudo do ordenamento japonês, o presente trabalho procura apresentar justamente a base desse sistema, que é sua Lei Fundamental, e nessa medida traça um histórico das instituições jurídicas do país até a adoção do constitucionalismo nos moldes ocidentais, com foco no processo de formação de suas duas Constituições, seguido do estudo do tema polêmico e relevante da renúncia à guerra presente no art. 9º da Constituição de 1947.

No que tange a análise histórica que vai dos primórdios do ordenamento jurídico japonês à Constituição Meiji, deu-se preferência à utilização de autores

ocidentais, vez que o não pertencimento àquela cultura torna mais didática a introdução de uma História que não nos é familiar. Ao mesmo tempo, o vasto uso de autores americanos na descrição do processo de elaboração da Constituição de 1947 tem sua razão no fato de tratarem-se muitas vezes de fontes primárias, redatores originais ou acadêmicos que acompanharam de perto os acontecimentos que deram origem ao texto produzido durante a Ocupação Aliada após a Segunda Guerra Mundial.

A análise do art. 9º, por outro lado, utiliza fundamentalmente a doutrina japonesa, em uma tentativa de mostrar a forma específica pela qual os juristas do país interpretam seu ordenamento constitucional. Ainda que existam traduções em inglês do texto legal e de alguma parcela da doutrina, no presente estudo utilizou-se material no idioma japonês, na tentativa de tentar a melhor adaptação da linguagem jurídica japonesa ao vernáculo, mas mantendo a fidelidade às opiniões de cada autor. Tal método possibilitou não apenas a interpretação sistemática ou histórica do dispositivo, mas também sua exegese literal.

A última parte do trabalho consiste na análise da controvérsia em torno do art. 9º, em sua principal projeção na realidade fática, qual seja, a existência e atuação das Forças de Autodefesa, que apesar de formalmente não constituírem uma instituição militar, violam, para alguns, os princípios pacifistas lançados na Constituição. Para tanto são apresentados os mais relevantes debates travados nos Poderes Executivo e Judiciário do Japão.

O principal problema endereçado por esta monografia é a questão teórica constitucional proporcionada pelas diversas interpretações do art. 9º, e não a possibilidade jurídica das Forças de Autodefesa, de tal sorte que, ainda que o tema seja abordado, tem foco exclusivo em aspectos estritamente constitucionais, pois carece da profundidade de análise da legislação específica que regem as forças armadas japonesas bem como sua natureza jurídica e organizacional.

2 FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL JAPONÊS

2.1 BREVE VISÃO DA CULTURA JURÍDICA JAPONESA PRÉ-RESTAURAÇÃO

Pressuposto indispensável para compreender os processos que deram origem às duas Constituições Japonesas, no sentido moderno da expressão, é uma breve noção de sua cultura jurídica Pré-Restauroação Meiji.

Por um lado, o prévio domínio da técnica de copiar e adaptar legislações estrangeiras contribuiu para que as instituições Japonesas fossem ocidentalizadas rapidamente nos séculos XIX e XX sem prejuízo da manutenção de uma identidade própria.

Por outro lado, as Constituições Japonesas são tradicionalmente muito mais do que apenas um único documento escrito, envolvendo também uma alta carga de princípios e costumes não escritos que regulam algumas de suas omissões, e também determinam sua recepção pela população.¹

Os primeiros sinais do Direito Escrito no país já revelam princípios que persistem, expressos ou não, no ordenamento constitucional e especialmente na Administração Pública nipônica. Além disso, as transformações sociais e econômicas, especialmente no fim do Período Edo (1600-1868) irão conformar o sistema jurídica que nasce após a Restauração.

O Japão tem a tradição de ser inundado e inclusive submergido por legislação estrangeira². No ano de 603 foram elaboradas pelo Príncipe Shotoku as Dezessete Máximas, também conhecidas por Constituição dos Dezessete Artigos, regras dirigidas não ao povo, mas aos oficiais, uma espécie de código de ética profissional para altos funcionários. Completamente baseadas em preceitos do Budismo Chinês e do Confucionismo, essas máximas procuravam transferir a ética

¹ Nesse sentido, COLEGROVE, Kenneth. The Japanese Constitution In: **The American Political Science Review**, Vol. 31, No. 6 (Dec., 1937), p. 1027. Disponível na internet <http://www.jstor.org/stable/1948956>. Acesso em: 07/06/2011.

² SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo. **Nihon no Gyouseihou**, Japão: Gyouseisha, 1999, p.12

destas religiões continentais para os administradores imperiais do arquipélago Japonês³.

Essa ética se concretizava em princípios como da hierarquização social, patriarcalismo, conexões preestabelecidas entre marido e mulher, pai e filho, imperador e povo; política baseada na ética; relações sociais baseadas no respeito devido a cada um que cumpre sua função social.⁴ Mesmo com todas as modificações que os séculos trouxeram, muitos desses princípios persistem na sociedade e na burocracia japonesa.

Apesar de introduzir princípios de diferentes culturas o Príncipe Shotoku já demonstrava a adaptabilidade que daria uma identidade própria às suas “cópias legislativas”. Exemplo disso é o pensamento penal de Shotoku. Como seguidor do budismo, poderia ter seguido a postura de outras culturas orientais no sentido de crer que a educação do delinqüente se daria através de sucessivas reencarnações, de forma que a autoridade poderia aplicar penas de morte às mais variadas espécies de crime sem remorso, na certeza de estar contribuindo para a re-inclusão social dos indivíduos em sua próxima existência.⁵

Entretanto, não foi esta a lógica seguida pelo Príncipe. Evitando essa visão simplista, Shotoku propôs que mediante juízos rápidos e imparciais, fossem impostas medidas reeducativas para os delitos leves e castigos severos aos delitos graves⁶ para que servissem como exemplo aos demais permitindo que, ainda em vida, fossem doutrinados na moral vigente.

A cópia do Direito estrangeiro não se dava apenas no campo principiológico. Em 646 a Reforma Taika representou uma completa importação do sistema legal da Dinastia T'ang, acompanhada da importação da própria escrita chinesa. Entretanto, o Japão não possuía o aparato administrativo de um governo centralizado como o chinês, sendo obrigado a adaptar uma estrutura de governo bastante precária para tentar atingir algum nível de eficácia nas novas leis, o que deu experiência ao Japão em transladar completamente sistemas legais em condições sociais e estruturais bastante adversas.⁷

³ MARGADANT, Guilherme F. **Evolución Del Derecho Japones**. Mexico: Miguel Angel Porruá Librebro – Editor, 1984.p. 35

⁴ MARGADANT, Guilherme F. Op.cit., p. 36

⁵ MARGADANT, Guilherme F. Op.cit., p. 37

⁶ MARGADANT, Guilherme F. Op.cit., p. 38

⁷ SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo, Op.cit., p. 13

Em 701 a Reforma Taiho novamente trouxe clara influência da Dinastia T'ang especialmente na instituição do sistema *Ritsuryou*, no qual *Ritsu* se refere às leis de direito penal e *Ryou* aos comandos legais civis e administrativos. Ambos foram transportados da China e já adaptados de forma a tornar o *Ritsu* menos severo e o *Ryou* mais condizente com os costumes japoneses.⁸

Visto que este tópico é apenas introdutório e não constitui o foco do presente estudo, passo a uma descrição menos detalhada de como o direito se desenvolveu no Japão, considerando que aqui o que se pretende é apenas contextualizar a sistemática jurídica japonesa em suas raízes asiáticas, bem como estabelecer uma noção da evolução dos institutos jurídicos garantindo que se compreenda a importância do corte epistemológico que modificará a sistemática legal para uma perspectiva ocidental.

Logo, após as referidas reformas, os próximos séculos foram marcados por interpretação das leis já estabelecidas e valorização do direito consuetudinário. Uma nova codificação relevante veio apenas em 1232, o *Shikimoku*, elaborado pelo Regente Yasutoki Hojo, mas sem derogar as codificações *Taika* e *Taiho*, coexistindo, portanto, com esses sistemas de origem chinesa.⁹

Mesmo com a dispersão do poder estatal, a partir do século XIV, continuaram em vigor tais leis, sendo inclusive acrescentados mais 17 artigos por meio de um novo *Shikimoku*, desta vez com influência da Dinastia Ming, reflexo do florescimento das relações comerciais entre Japão e China. Com a consolidação da dispersão estatal, cada *daimyo* (senhor feudal) passou a compilar as regras costumeiras de seus territórios, o que dura até a reunificação do país em 1600.

Como o contato com nações ocidentais se deu justamente século XVI, época da dispersão legislativa entre feudos, não se observa qualquer influência jurídica européia no período, e mesmo com a forte influência cristã, os senhores feudais que aderiram ao cristianismo não incorporaram a moral católica em suas leis, em função do conflito com os costumes e religiões inerentes a sociedade da época.¹⁰ O Edito de 1633 que acabou com praticamente todo contato com o

⁸ SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo. Op.cit., p. 14

⁹ MARGADANT, Guilherme F. Op.cit., p. 73-75

¹⁰ A questão da relação entre cristãos e os senhores feudais japoneses é tratada em detalhes em: ELISONAS, Jurgis. Christianity and the daimyo, In: HALL, John Whitney (Coord.) **The Cambridge History of Japan**, Volume 4, *Early Modern Japan*. Cambridge University Press, 2008, p. 301-368

ocidente¹¹ e baniu o catolicismo encerra de vez qualquer influencia européia possível na área do Direito por mais de dois séculos.

O período Edo, que durou até a Restauração Meiji em 1868, é marcado legislativamente por tradições neoconfucionistas, novamente com base nas relações entre governante e governado, pai e filho, marido e esposa, irmão mais velho e irmão mais novo, numa tentativa (bem sucedida) de fortalecer a fidelidade ao governo central e se recuperar da dispersão estatal dos últimos 3 séculos.

As condições sócio-econômicas da época também produziram uma modificação na estrutura da sociedade de castas japonesa, tornando em poucos séculos a casta de mercadores muito mais próspera que os *samurai*, detentores do poder político.

Consequência prática dessa prosperidade é o fato de que a revolução ocorrida em 1868 não partiu da insatisfação da burguesia nem da classe camponesa, mas sim de pressões internacionais bem como de divergências internas na própria classe que detinha o poder político, ainda que já não tão relevante no aspecto econômico, o que trará implicações importantes no processo de elaboração da Constituição Meiji, especialmente no que se refere a garantias fundamentais e controle do governo¹².

2.2 A RESTAURAÇÃO¹³ MEIJI

A Constituição Meiji, que entrou em vigor em 1890, marcou a entrada “formal” do Japão no grupo do que chamamos de Estados Modernos. Antes dela o país ainda era visto como uma nação feudal e com instituições pouco desenvolvidas. Materialmente, entretanto, o Japão já havia construído as instituições básicas de um

¹¹ Apenas aos holandeses foi permitido algum contato e comércio, e sob regras bastante rigorosas e acesso restrito a ilha de Deshima.

¹² Diferentemente da França, não foi uma revolução que veio da burguesia ou do povo, ou seja, não veio de baixo, mas sim do estrato mais baixo da classe guerreira dominante “*revolução a partir de cima*” (上からの改革), não havia mecanismos de garantias dos direitos fundamentais ou escolha de representantes do povo. KOBAYASHI. Takeshi. **Youkoso Nihonkokukempou**, Japão: Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 22

¹³ Por “Restauração” entende-se o retorno a um período anterior ao Kamakura, 800 anos antes, no qual o poder do *shogun* e do imperador ainda não estava bifurcado.

Estado Moderno ao longo dos anos de 1880, o que torna relevante o estudo do cenário político que a antecede.¹⁴

Sua origem, diferente da maioria das Constituições Modernas, não está na pressão de uma população em busca de garantias, e nem sob pressão interna de um Governo em busca da ampliação de suas prerrogativas, mas de uma necessidade de reconhecimento perante a comunidade internacional. Para compreender essa pressão precisamos analisar corretamente o contexto jurídico-político pré e pós Restauração Meiji.

Como mencionado anteriormente, durante um lapso de mais de dois séculos o Japão interrompeu o contato com o resto do mundo. Formalmente essa política de isolamento (*sakoku*) se inicia em 1633 e se encerra em 1868.¹⁵ Ora, é justamente nesse período que o Direito (ocidental) como conhecemos hoje começa a se estabelecer ideologicamente e a tomar uma forma concreta. Nesse período surgem não só as constituições modernas, mas também novos e importantes ramos do Direito Público, como o Direito Administrativo, que tem sua gênese na Revolução Francesa.

É também nessa época que surgem os precursores das grandes codificações, lançando uma nova tendência no sentido de unificação formal legislativa. O Japão, que já não possuía qualquer afinidade com o Direito Europeu passou a margem das transformações jurídicas, mantendo uma tradição e mentalidade que remontava a influência chinesa do século VII. Tenhamos esses fatos em mente ao analisar a crise que dá causa a Restauração Meiji e se prolonga após ela.

Em 1853, o Comodoro Matthew Galbraith Perry, comandante de uma frota de navios americanos, zarpou de Norfolk para demandar a abertura dos portos japoneses ao comércio internacional. Tentativas de negociação, especialmente dos russos, já tinha sido feitas antes de forma infrutífera. Desta vez os Estados Unidos foram preparados para negociar à força, com quatro embarcações armadas para guerra, com autorização para abrir fogo se necessário. O Japão, atrasado tecnologicamente, não estava preparado para essa ameaça estrangeira e se viu

¹⁴ SIEMES, Johannes. Hermann Roesler's Commentaries on the Meiji Constitution In: **Monumenta Nipponica**, Vol. 19, No. 1/2 (1964), p. 38. Disponível na internet <http://www.jstor.org/stable/1948956>. Acesso em: 07/06/2011

¹⁵ BEASLEY, W. G., The foreign threat and the opening of the ports, In: JANSEN, Marius B. (Coord.) **The Cambridge History of Japan**, Volume 5, Early The Nineteenth Century. Cambridge University Press, 2008, p. 259

obrigado a negociar. O Conselheiro Chefe (*roujuu*) do governo japonês, Abe Masahiro foi encarregado da tarefa.¹⁶

Não havia consenso entre as autoridades nipônicas, enquanto os senhores feudais cogitavam entrar em guerra¹⁷ e o Imperador não queria a presença de estrangeiros, os conselheiros do *shogun*, verdadeiros detentores de poder político, pragmáticos e conhecedores das verdadeiras condições do Japão, estavam dispostos a iniciar uma abertura gradativa, afinal, era preferível uma intervenção americana pacífica ao risco de serem abordados pelos ingleses, cuja agressividade já tinha sido demonstrada em outros países asiáticos.

LIMA SOBRINHO observa que, de fato, a conjectura das relações asiáticas com o ocidente motivaram a modificação das postura japonesa, e assevera que “(...)bastariam os fatos da guerra do ópio para revelarem a presença, no mundo, de forças incontrastáveis, contra as quais nada significariam os recursos e possibilidades das nações do Oriente. Era o suficiente para evidenciar ao Japão a necessidade de rever posições tradicionais de isolamento”¹⁸. De fato, o temor de ser subjugado pelas nações ocidentais levou o Japão a negociar ativamente a abertura, ainda que temporária, dos portos.¹⁹

Inicia-se então uma crise interna e externa social, política²⁰, econômica, diplomática e ideológica. A abertura ao comércio internacional trouxe desemprego, aumento da inflação, quebra do sistema monetário²¹, revoltas urbanas e de camponeses e inclusive doenças desconhecidas pelos médicos locais, como a cólera, muito comum na Europa, mas pouco disseminada no Japão, cujos hábitos de higiene haviam, até então, impedido que patologias do gênero se espalhassem.

¹⁶ BEASLEY, W. G. Op.cit., p. 265-270

¹⁷ De acordo com HALL, os Conselheiros (*rouju*) enviaram mais de 50 consultas aos senhores feudais sobre o tema (foi a primeira vez que as decisões do *bakufu* se submetiam a consulta pública), das quais 34 rejeitavam as propostas de Perry, 14 aconselhavam conciliação e apenas 2 advogavam a abertura dos portos.

¹⁸ LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Japão: Capital se faz em casa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 33

¹⁹ BEASLEY, W. G., Op.cit., p. 274

²⁰ Decisões políticas de Abe ao longo das negociações de abertura ajudaram a enfraquecer a posição política do *bakufu* visto que a tentativa obter o apoio voluntário dos *daimyo* retirando diversas das limitações a força militar de cada *han* (feudo) veio em detrimento do poder absoluto do governo central. HALL, John Whitney. **Japan: From Prehistory to Modern Times**, Tokyo: Charles Tuttle Company, p. 256

²¹ Antes mesmo da abertura as finanças do *bakufu* eram frágeis, inclusive, entre o Tratado de Kanagawa que abria poucos portos ainda que não para o comércio e o Tratado Harris, que era efetivamente um tratado comercial, tentativas modestas de modernização militar foram sugeridas por Abe, enfraquecendo ainda mais os cofres públicos. HALL, John Whitney, Op.cit., p. 257

Paralelamente a tais crises internas, o assédio internacional levou a celebração de sucessivos tratados comerciais bilaterais assimétricos com os Estados Unidos, Rússia, Inglaterra, França e Holanda. Cada novo tratado estabelecia condições mais desiguais que os anteriores, colocando o Japão em posição de submissão perante as outras nações, especialmente em função da implementação de jurisdição consular como limitação da soberania japonesa.

Em 1858 o Japão iniciou a abertura ao comércio internacional, com o planejamento detalhado de uma abertura em larga escala nos próximos 5 anos já acordado com os americanos²². Formalmente a decisão do governo não era definitiva, mas materialmente já não podia ser revertida.

Por um lado, a falta de isonomia nos tratados comerciais vem da inferioridade militar e tecnológica japonesa, que ficou cada vez mais clara com intervenções militares estrangeiras e bombardeios como forma de retaliação e contenção de revoltas e movimentos anti-estrangeiros. Entretanto, ficou clara também a fragilidade das instituições de governo japonesas e a ausências de instituições jurídicas modernas, que não eram capazes sequer de entrar em consenso, quanto mais de controlar a crise econômica e financeira, manter a ordem pública ou negociar e igualdade com as nações ocidentais.

A morte do *shogun* (líder político e militar) Tokugawa Iyasada em 1858 provocou uma cisão interna ainda maior, visto que as disputas pela sucessão levaram Tokugawa Nariaki, pai do favorito a assumir o posto de líder supremo, a entregar a disputa à corte do imperador, permitindo a invasão deste dentro de assuntos internos do *bakufu* (governo shogunal)²³. Essa combinação de fatores provocou um profundo desprezo e desconfiança dos países estrangeiros, a tal ponto que o envio de negociadores a Europa para revisar os tratados se mostrou inútil e ordens imperiais e shogunais de fechamento dos portos eram ineficazes.

Quanto mais o Japão se mostrava incapaz de lidar com os estrangeiros, mais a política de isolamento perdia apoio. A oposição ao Shogunato iniciou-se composta por *daimyo* de menor expressão política, mas inteligentes e próximos ideologicamente. A princípio apoiaram o cumprimento das ordens imperiais de expulsão dos ocidentais, as quais o *bakufu* se mostrava incapaz de cumprir, mas a

²² BEASLEY, W. G. Op.cit., p. 280

²³ HALL, John Whitney. **Japan: From Prehistory to Modern Times**, Tokyo: Charles Tuttle Company, p. 258

partir da segunda metade da década de 1860 esses *daiymio*, bem como intelectuais e *samurai* de baixo escalão, perceberam que o isolamento não era mais uma opção.

Nacionalistas e entusiastas de uma verdadeira soberania nacional deram-se conta de que apenas um estado centralizado, forte e moderno seria capaz de resistir ao imperialismo europeu, a disputa pelo poder era marcada pela necessidade de manter a identidade Japonesa perante a ameaça externa.²⁴

A despeito de tantos teóricos que podem corroborar essa necessidade de transformação do Estado, é em Habermas que encontramos idéias que se aplicam de forma mais pertinente a presente situação. O filósofo, ao falar do êxito do Estado Nacional do século XIX, em decorrência de seu aparato estatal moderno, nos diz:

Só é soberano o Estado que pode manter a calma e a ordem interior e defender efetivamente suas fronteiras externas. Internamente, ele tem de poder se impor contra outros poderes concorrentes e firmar-se internacionalmente como concorrente em igualdade de direitos. O status de um sujeito no Direito Internacional baseia-se no reconhecimento internacional como membro “igual” e “independente” no sistema de Estados(...) Soberania interna pressupõe a capacidade de imposição da ordem jurídica estatal; soberania externa, a capacidade de auto-afirmação em meio à concorrência “anárquica” pelo poder entre os Estados.²⁵

Naquele momento histórico o Japão não era reconhecido internacionalmente como Nação. A falta de ordem interna, e a própria ausência de uma constitucionalização de seu ordenamento e suas instituições ameaçavam sua soberania externa, na medida em que não conseguia sequer impor sua ordem internamente. Nesse sentido as observações de Habermas parecem refletir exatamente a posição em que se encontrava o Japão.²⁶

Essa situação viria a mudar, entretanto, com morte do Imperador conservador Komei em 1867, que trouxe a virada política necessária para que se levantasse a bandeira da restauração do imperador ao poder juntamente com os ideais de abertura definitiva à presença estrangeira impostas ao ainda jovem sucessor imperial.

²⁴ HALL, John Whitney, op.cit., p. 260

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política, São Paulo: Edições Loyola, p. 130-131

²⁶ HALL, John Whitney, op.cit., p. 262

A presença ocidental, sentida a princípio como ameaça nacional, se tornou incentivo para modernização²⁷. Só o fim do isolamento, o intercâmbio tecnológico e a prosperidade por meio do comércio daria condições financeiras de sustentar o desenvolvimento necessário para fazer frente ao imperialismo ocidental, e só o intercâmbio cultural e institucional permitiria a formação, legitimação e reconhecimento não apenas popular, mas internacional do Japão como Estado Moderno.

Ora, o shogunato não estava preparado estruturalmente para uma tarefa desse porte. Os opositoristas tinham ao seu lado o imperador²⁸, bem como condições econômicas e militares de se opor ao governo, e ainda vislumbravam a possibilidade de receber apoio das nações estrangeiras²⁹ por força de seu objetivo de cooperação. É também evidente que aqui surgia a oportunidade de se livrar da autoridade do *shogun* e posteriormente obter altos cargos no novo governo pelos serviços prestados ao imperador.

Após uma sucessão de conflitos internos entre apoiadores do imperador (entusiastas da abertura dos portos) e partidários do *shogun* (determinados a manter o isolamento), com vitória daqueles, as autoridades japonesas comunicaram às delegações estrangeiras que o imperador havia assumido o poder executivo supremo, o que se deu por um golpe de estado em 1868 no qual um conselho formado por opositoristas do *shogun* declarou a abolição do shogunato e o confisco de suas terras, em nome do imperador.³⁰

A este evento é dado o nome de Restauração Meiji. Sua primeira manifestação jurídica foi o “Juramento Constitucional” (五箇条の御誓文), com

²⁷ HALL, John Whitney. **Japan: From Prehistory to Modern Times**, Tokyo: Charles Tuttle Company, p. 253

²⁸ Historicamente o Imperador Japonês raramente foi detentor de qualquer poder político real, mas invariavelmente foi sempre fonte de legitimidade desse poder. Os shoguns recebiam o título do imperador e em nome desse governavam. O povo via o imperador como divindade e se sujeitava ao governo em boa parte por questão dessa legitimidade. A separação do poder imperial e político blindava a casa imperial, de forma que todas as crises afetavam a imagem do shogun mas mantinha a confiança no Imperador, era, nas palavras de SOBRINHO “uma figura intangível e de certa forma irresponsável”. Para o shogunato essa condição sempre foi cômoda pois não havia necessidade de fazer esforços para construir uma imagem de legitimação perante o povo, ao mesmo tempo em que o imperador servia também como símbolo para manter sua união e obediência. Os teóricos japoneses resumem essa dicotomia em duas expressões: 実力 (*jitsuryoku*), entendido como poder de fato, detido pelo shogun e 權威 (*ken'i*), autoridade, detida pela imperador que, de certa forma, a delegava ao shogun.

²⁹ A facção de Choushu, que liderou a restauração, derrotou as forças shogunais com tropas equipadas pelos britânicos.

³⁰ HALL, John Whitney, Op.cit., p. 258

cinco artigos cujas diretrizes orientaram ideologicamente a união dos territórios em Estado do tipo moderno, com modelo fiscal unitário, serviço militar obrigatório³¹ e comprometimento com rápida modernização e ocidentalização, pavimentando o caminho para a efetiva constitucionalização desse novo Estado Moderno.³²

2.3 OCIDENTALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O Japão atingiu a unidade nacional com o fim temporário da centenária dualidade de poder entre autoridade e poder governante, dualidade esta que se mostrou nesse momento positiva, pois foram os esforços para unificar o governo que proveram o “fôlego” para confrontar (ainda que de forma pacífica) a pressão estrangeira. A princípio não parece haver uma grande mudança na configuração do poder.

A saída do shogun não muda o fato de que o poder continua na mão de nobres e *daimyo*, o imperador assume uma posição mais ativa, mas ainda assim vai ser apenas figura decorativa, representado por um novo Conselho. Entretanto, mudanças sociais, econômicas, políticas e jurídicas foram radicais, pois os intelectuais por trás da ideologia da restauração atuaram diretamente no centro de poder da Era Meiji, como passou a ser chamado este momento histórico.

A “ocidentalização” começa com a abolição das classes sociais e promulgação da liberdade individual e igualdade social. Esse é o primeiro passo na transição para a modernidade.

Aqui é preciso abrir um parêntese importante para se fazer um questionamento: É possível chamar a Restauração de “revolução”? Não houve antagonismos sociais e ideologias políticas, não houve manifestações políticas da população. Não há slogans revolucionários. Não foi uma revolução ideológica burguesa ou camponesa, mas esses tomaram parte nos confrontos contra as forças do *shogun*.

³¹ Medida esta que tem o profundo significado de encerrar os privilégios da classe samurai, submetendo todos os homens de 21 anos ao serviço militar, cujas exceções nada tinham a ver com casta ou posição social. HALL, John Whitney. **Japan: From Prehistory to Modern Times**, Tokyo: Charles Tuttle Company, p. 280

³² MARGADANT, Guillermo F. **Evolución Del Derecho Japones**. Mexico: Miguel Angel Porruá Librebro – Editor, 1984, p. 141.

Há pouquíssimos paralelos com os eventos que temos como paradigmas de revolução, a Russa e a Francesa. As mudanças políticas e sociais foram as mais relevantes na história do Japão, com a manutenção da mesma classe no poder. Pode-se afirmar, portanto, que é uma distribuição de poder sem revolução.³³

E afinal de contas, porque, naquele momento histórico surgiram tantos indivíduos com habilidade e motivação semelhante para promover tais mudanças? A discussão é longa, não é o foco do presente trabalho, mas conhecer as motivações desses homens pode ser importante para entender o papel que planejaram para o Direito nessa realidade.

Sintetizando o pensamento de HALL³⁴, nega-se a teoria de E.H. Norman segundo a qual a insatisfação desses samurais de classe mais baixa representa o “momento revolucionário burguês” do Japão. Nega-se também a visão européia de uma contra-revolução política absolutista em prevenção a revolta de camponeses e burgueses.

HALL acredita que a motivação vem das características semelhantes de líderes diversificados, que em sua maioria foram educados a maneira rígida e tradicional, e por não pertencer a aristocracia rural, tinham que buscar sucesso nas arenas políticas dos governos locais (a mesma maneira dos “founding fathers” americanos). Possuíam, portanto, elevada educação, conhecimento e disciplina militar e uma combinação de ambição e valores confucionistas, levando a uma eficiente forma lealdade e dedicação à sociedade.³⁵

Essa ambição sem apego ao individualismo permitiu que atuassem como uma oligarquia por trás das novas coalizões de poder, abrindo mão da imagem pública para se dedicar a criação de uma forma transcendental³⁶ de governo, o que os levou a não se comprometer nem com os *daimyo* que os apoiaram na Restauração, transformando não só os *han* confiscados³⁷ em prefeituras e municipalidades, como os territórios dos próprios aliados, em um total de 305

³³ HALL, John Whitney. Op.cit., p. 265

³⁴ HALL, John Whitney. Op.cit., p. 267

³⁵ Curiosamente em sua maioria foram anti-estrangeiros militantes e conservadores na chegada de Perry, mudando posteriormente para reformistas fervorosos.

³⁶ Entendido como algo além das instituições e *han* já existentes.

³⁷ Por meio do chamado 版籍奉還 (*hansekihoukan*)

unidades de administração local (posteriormente reduzidas a 75), extirpando o poder e autoridade dos senhores feudais, aposentando-os com pensões vitalícias.³⁸

Entendidas essas questões de caráter mais subjetivo das transformações que deram início a modernização do Japão, imprescindíveis para que se entenda a dimensão desse processo, passemos a uma análise objetiva da estrutura desse novo Estado Moderno e evidentemente da Constituição que o constitui tardiamente.

A duas questões que se puseram perante os líderes políticos para erigir a estrutura de Estado Moderno foram as seguintes: como manter o poder e o apoio popular e; encontrar uma forma durável e efetiva de governo.

A primeira idéia defendida foi da necessidade de um governo representativo, de forma que ainda em 1868 um modelo provisório de Constituição e código administrativo, em verdade uma lei orgânica, foi elaborado sob o nome de *Seitaisho* (政体書), revelando-se uma mistura de formas tradicionais de burocracia com idéias ocidentais de representação e divisão dos poderes.

Todos os poderes de administração foram concedidos a um novo órgão central de governo, o *Dajoukan* (太政官), espécie de Conselho de Estado. Suas atividades administrativas foram divididas em sete departamentos e posteriormente a organização foi modificada, distribuindo suas atribuições entre um Conselho Central, *Sangi* (参議) e Ministérios, sem, entretanto, qualquer tipo de separação efetiva de poderes, tendo em vista a subordinação do Legislativo e Judiciário ao Executivo, na forma de departamentos ou órgãos ministeriais, mera independência formal.

Já havia certa unidade na administração dos territórios do *bakufu* e dos *han* desde a era Edo, de maneira que em 1873 essas unidades, convertidas em 73 prefeituras, já estavam completamente sob o poder do governo central³⁹. A fim de racionalizar as administrações locais as prefeituras foram subdivididas em distritos (群), cidades (街) e vilas (村).

Não houve resistência às transformações, pois o novo sistema não só representava uma série de oportunidades para os antigos samurais e oficiais, que

³⁸ Tudo foi aceito passivamente pois sua realização se deu em pequenos passos, sem apresentar chance de oposição, ao mesmo tempo em que aqueles que poderiam se opor, ao invés de serem guilhotinados foram recompensados com aposentadoria bem remunerada.

³⁹ BEASLEY, W. G., Meiji political institutions, In: JANSEN, Marius B. (Coord.) **The Cambridge History of Japan**, Volume 5, Early The Nineteenth Century. Cambridge University Press, 2008, p. 641

antes das reformas não possuíam qualquer possibilidade de ascensão, como também colocou regiões tradicionalmente excluídas do centro do poder no espaço participativo, através da criação de Assembléias Locais (*Kaigi*).

Tais Assembléias não tinham, entretanto, poder decisório, tendo como única atribuição a realização de debates públicos⁴⁰, o que, apesar de dar voz a ideais políticos locais funcionou majoritariamente como plataforma para defesa das reformas mais polêmicas do governo.⁴¹

A habilidade organizacional do novo governo permitiu que o poder obtido com a Restauração fosse rapidamente assegurado regionalmente e utilizado na solução de problemas fiscais e econômicos na zona rural (lembrando que naquele momento o setor primário ainda era praticamente o único relevante para a economia interna), inclusive livrando as regiões do interior de antigas restrições jurídicas como a impossibilidade de alienação das terras.

Apesar de se observar uma série de políticas que levaram a uma revolução social, bem como uma tentativa de dar materialidade a igualdade formal instituída, é preciso compreender que ideologicamente o governo não era impelido por princípios igualitários e sim por uma concepção de serviço ao Estado, chegando-se a igualdade através de medidas cujos resultados práticos intentados eram outros.⁴²

Como exemplo de atividade legislativa com esse “efeito colateral” de igualdade temos a lei de 1870 que permitiu à todos os cidadãos adotarem sobrenomes, assim como a lei de 1876 que proibiu o porte de espadas, símbolo de ostentação pública da condição de *samurai*.

A última crise a atingir a ordem doméstica foi a Rebelião de Satsuma, motivada justamente pela supressão de privilégios de classe entre outros desentendimentos de ordem política. Com o fim da rebelião em 1877, barreiras das alas conservadoras à modernização deram lugar ao processo de ocidentalização

⁴⁰ No início do sistema de *Dajokan* em 1869, antes da extinção dos *han*, funcionou um “poder legislativo” composto por 1 representante de cada *han*, entretanto, as leis propostas pelo grupo foram inesperadamente liberais, levando o Conselho a restringir desde àquela época os poderes dos corpos legislativos.

⁴¹ HALL, John Whitney. Op.cit., p. 277

⁴² A liberdade de classes veio de políticas visando a garantia de emprego e liberdade de emprego, bem como o fim da classe *samurai* vem como resultado de leis que criam direitos e deveres para todos, inclusive na esfera militar. HALL, John Whitney. Op.cit., p. 281

dialético, com introdução de ideais ocidentais sempre seguidos por uma resistência de cunho tradicional.⁴³

Toda a exposição das inovações institucionais e ideológicas ao longo de quase 10 anos da restauração Meiji se presta, por um lado, para contextualizar em que ambiente a primeira Constituição japonesa, e consequentemente o Direito Constitucional Japonês surge.

Entretanto, é revestida também da importância de revelar o porquê da necessidade dessa “constitucionalização”, na medida em que mostra que, apesar de todos os esforços de organização de um novo sistema de governo e político, ainda persistiam a falta de unidade, estabilidade e segurança das instituições, não satisfazendo as expectativas das nações estrangeiras que aguardavam uma estrutura verdadeiramente constitucional, e sem garantir a consciência de unidade nacional esperada do povo, e é aqui que efetivamente entramos no efetivo processo de criação da Constituição Meiji.

2.4 CONSTITUIÇÃO MEIJI OU CONSTITUIÇÃO DO GRANDE IMPÉRIO JAPONÊS

2.4.1 Processo de elaboração da Constituição Meiji

A relação de tratados desiguais com os países ocidentais teve um papel decisivo na recepção da legislação estrangeira na era Meiji. Como o Japão não possuía um sistema judicial confiável, os países estrangeiros adotaram a prática da sistemática judicial consular dentro do território japonês, sob o nome de “jurisdição extra-territorial” (領事裁判), cujas decisões, tomadas pelos representantes consulares com base na nacionalidade do sujeito, eram via de regra injustas. A ocidentalização das leis e elaboração da Constituição sob o comando do Ministério do Exterior veio com o objetivo de revisão desses tratados.⁴⁴

⁴³ A Rebelião de Satsuma é explicada detalhadamente em: VLASTOS, Stephen, *Opposition movements in early Meiji*, In: JANSEN, Marius B. (Coord.) **The Cambridge History of Japan**, Volume 5, *Early The Nineteenth Century*. Cambridge University Press, 2008, p. 382-402

⁴⁴ Exemplo clássico na literatura especializada japonesa é um caso de estupro, julgado pelo cônsul britânico de Shanghai, em favor de nacional Inglês, mesmo na presença de indícios de autoria e materialidade mais do que suficientes para a condenação. SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo. **Nihon no Gyouseihou**, Japão: Editora Gyousei, 1999, p. 13-14

Em 1875 o Ministro do Interior Toshimichi Okubo, que a princípio se opôs a elaboração de uma Constituição que albergasse um parlamento bem como responsabilidade ministerial⁴⁵, se comprometeu a estabelecer gradualmente as bases para a lei fundamental, formando o corpo imperial chamado *Genroin* (元老院), uma espécie de senado, para elaborar a Constituição⁴⁶.

Em dois anos quatro projetos de linhas liberais foram recusados pelo Ministro, assassinado em 1877 por, dentre outros motivos, sua política de obstrução do debate público e supressão dos direitos da população.

Os movimentos de direitos humanos ganharam força nessa época, e os ideais de liberdade, soberania popular e representação se espalharam com a tradução das obras de Mill e Rousseau.⁴⁷ Em oposição ao movimentos da Liberdade e Direitos Cíveis o governo criou leis e regulamentos como o Regulamento de Difamação 讒謔律 (1875)、o Regulamento de Imprensa 新聞紙条例 (1875)、Regulamento de Aglomerações Públicas 集会条例 (1880) e Regulamento para Preservação da Lei e Ordem 保安条例 (1887), todas com objetivo de censurar e restringir a opinião pública.

Mesmo com as restrições à liberdade de expressão, desde 1880 as chamadas Constituições Privadas, escritas por jovens militantes dos movimentos de liberdades civis ou especialistas no campo do Direito e Política, passaram a ser publicadas, com forte influência de teorias relacionadas a direitos humanos e soberania do povo. Seus ideais, entretanto, só foram refletidos no pós-Guerra com a Constituição de 1947.⁴⁸

Para solucionar o impasse constitucional que se iniciou na segunda metade da década de 1870, Iwakura Tomomi, membro do *Dajoukan*⁴⁹, solicitou aos demais membros que apresentassem propostas para um governo constitucional e em

⁴⁵ A responsabilidade pessoal dos ministros foi realmente prevista no texto, e é tratada detalhadamente nos comentários de Hermann Roesler. SIEMES, Johannes, op.cit., p. 44-48

⁴⁶ COLEGROVE, Kenneth. **The Japanese Constitution** In: *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 6 (Dec., 1937), p. 1027. Disponível na internet <http://www.jstor.org/stable/1948956>. Acesso em: 07/06/2011

⁴⁷ COLEGROVE, Kenneth, op.cit., p. 1032

⁴⁸ KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukunpou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 23

⁴⁹ Órgão máximo do Poder Executivo, estabelecido pelo *Seitaisho* (Declaração da Forma de Governo), juntamente com o *Giseikan*, *Gyouseikan* e *Keihoukan*, órgãos legislativos, administrativos e judiciais, respectivamente.

Outubro de 1881 emitiu ordem imperial segundo a qual o governo se comprometia a apresentar uma Constituição em 1890.

O príncipe Ito Hirobumi recebeu em 1882 o comando imperial para liderar uma missão com o objetivo de estudar os governos constitucionais europeus, junto de outros especialistas, partindo do princípio básico de que a Constituição deveria emanar do Imperador, que seria posto sob responsabilidade dos Ministros, e a esse corpo de governo caberia a atividade legislativa inicial.⁵⁰

Professores das universidades públicas foram enviados a Europa para estudar ciências jurídicas e políticas por dois anos. O Príncipe passou a maior parte do tempo na Alemanha, tendo contato com juristas renomados, consultando com o próprio Bismarck, e, seguindo a linha de orientação proposta pelo *Dajoukan*, foi escolhida como modelo a Constituição da Prússia.

No retorno do Príncipe Ito em 1884, acompanhou-o um grupo de especialistas alemães, para servir na condição de conselheiros da comissão elaboradora, com participação intensa dos juristas Hermann Roesler⁵¹, Rudolf Von Gneist e Lorenz Von Stein.

Entre 1881 e 1889 o governo e os movimentos de direitos civis trabalharam para preparar as instituições governamentais antes mesmo da Constituição se tornar realidade. Em 1884 foi estabelecida uma Câmara Alta para o Legislativo baseada na Câmara dos Lordes da Inglaterra. Em 1885 o *Dajoukan* se converteu em Gabinete, também seguindo os modelos dos Conselhos de Ministros da Europa, mas coexistindo com a gerontocracia dos *Genroin*.⁵²

Em 1888 um Conselho Privado (枢密院), vitalício, de membros nomeados pelo imperador foi criado com o propósito imediato de aprovação da Constituição, o qual realizou 41 sessões de debate do texto constitucional, a maioria na presença do Imperador.

Após a promulgação da Constituição, o Conselho se tornou o mais alto órgão consultivo a serviço do Imperador.

⁵⁰ COLEGROVE, Kenneth, op.cit., p. 1042

⁵¹ O jurista alemão já naquela época alertou para os riscos do art. 3º da Constituição Meiji, que conferia ao Imperador caráter “mitológico” e sagrado. Foi também autor do Código Comercial Japones de 1890. MARGADANT, Guilherme F. **Evolución Del Derecho Japones**. Mexico: Miguel Angel Porruá Librebro – Editor, 1984, p. 144.

⁵² COLEGROVE, Kenneth, op.cit., p. 1038

O único aparato governamental posteriormente instituído pela Constituição foi a Dieta, o Parlamento japonês, mas partidos políticos já se articulavam esperando sua criação.

A Constituição foi oficialmente promulgada em 11 de Fevereiro de 1889, com o nome de Constituição do Grande Império japonês, revelando-se uma combinação de tecnologia política ocidental e idéias políticas tradicionais Japonesas,⁵³ estabelecendo uma Monarquia Constitucional⁵⁴, com o imperador legalizado como monarca absoluto e sagrado, acima do governo e corpo de estado. Foi uma Constituição imposta “de cima”, a população em geral sequer tomou conhecimento da promulgação.⁵⁵

Os próprios comentários oficiais foram publicados primeiramente em inglês, pois, como mencionado anteriormente, o objetivo primordial da promulgação era o reconhecimento do Japão como Estado Moderno pelas nações ocidentais.

De fato, com a ocidentalização legal que se processou até 1900, e especialmente com o comprometimento japonês na Convenção Jurisdicional de 1887 de elaborar cinco códigos ao estilo da codificação napoleônica, todos os tratados desiguais foram revistos e a jurisdição consular foi extinta.

2.4.2 Aspectos Gerais da Constituição Meiji

Cabe, agora, uma análise das características mais relevantes da Constituição Meiji.

Pouco foi inovado em matéria institucional, à exceção da criação da Dieta, órgão legislativo do novo governo, restringido-se à consolidação oficial das instituições e sistemática estabelecidas desde 1881, algumas das quais já haviam sofrido reformas durante o período de debate constitucional, como o *Dajoukan*, que em 1985 assumiu o formato de *Naikaku*, ou Gabinete, nos moldes dos governos europeus.⁵⁶

⁵³ COLEGROVE, Kenneth, op.cit., p. 1049

⁵⁴ A Constituição Prussiana deriva da Constituição Belga que por sua vez foi a primeira a possibilitar uma Monarquia Constitucional. SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo. **Nihon no Gyouseihou**, Japão: Editora Gyousei, 1999, p. 30

⁵⁵ KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukempou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 23

⁵⁶ COLEGROVE, Kenneth, op.cit., p. 1046

O maquinário de governo continuou altamente burocrático e centralizado, com o imperador e seu Conselho acima do Primeiro Ministro e do Gabinete, com controle total sobre o exército e a marinha.

A pequena parcela de participação popular se encontrava na Dieta, composta por uma Câmara Alta, reservada aos nobres, e uma Câmara Baixa, eleita pela população⁵⁷, sem poder relevante de iniciativa legislativa (art. 33 a 54) e com dever de cooperar e concordar com o imperador (*kyousan* - 協賛).

Sua única prerrogativa de veto é restrita à recusa de levar a votação o orçamento nacional. Veto esse ineficaz, pois a Constituição em seu art. 71⁵⁸ estabelecia que, caso o orçamento não fosse aprovado, o do ano anterior entraria automaticamente em efeito, técnica esta ensinada ao príncipe Ito em conversas com Jhering⁵⁹.

Na Constituição Meiji o Imperador era detentor de poder absoluto, nos termos dos artigos 1º a 17. Nas palavras do próprio Capítulo II do texto constitucional, o povo era apenas objeto de seu governo. Dentre suas atribuições mais importantes podemos apontar o poder de nomear os membros do Gabinete ou mesmo reorganizar os órgãos da administração pública (art. 10º)⁶⁰, sancionar leis e editar as ordens para sua execução (art. 6º)⁶¹, convocar, abrir, fechar e dissolver a Dieta (art. 7º), declarar guerra e assinar tratados (art. 13) e comandar a marinha e exército (art. 11).

Não havia garantia de direitos fundamentais e mesmo aqueles expressamente nomeados se submetiam sempre à reserva de lei (法律の留保).

⁵⁷ Nessa época apenas 1% da população possuía o direito ao sufrágio. SUETAKE, Yoshiya. **Senkyouihan No Rekishi: Ura Kara Mita Nihon no Hyakunen**, Japão: Editora Yoshikawakoubunkan, 2007

⁵⁸ 第 71 条 帝国議会ニ於テ予算ヲ議定セス又ハ予算成立ニ至ラサルトキハ政府ハ前年度ノ予算ヲ施行スヘシ (Caso a Dieta Imperial não encaminhe a proposta orçamentária, o governo considerará os valores do orçamento do ano fiscal anterior.)

⁵⁹ SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo. **Nihon no Gyouseihou**, Japão: Editora Gyousei, 1999, p.60

⁶⁰ O Gabinete não estava previsto na Constituição, havendo sido estabelecido em 1885 por ordem imperial que foi acolhida pela nova sistemática.

⁶¹ A competência da Dieta era restrita à lista do capítulo 2, ao passo que a imperial era remanescente, abrangendo todas as demais matérias. A interpretação Oficial restringia ainda mais a competência do Legislativo, ao passo que a acadêmica, baseada na exegese alemã, tentava ampliá-la. Ainda assim o problema maior era outro, era um problema de legitimidade. O imperador nunca negava a sanção das leis devido Influência dos ensinamentos de Minobe, segundo o qual o Japão devia seguir o modelo britânico, o que não significa que a Dieta detivesse algum força legislativa mais relevante por essa “submissão” do imperador, na medida em que era o próprio governo que elaborava os textos de leis apreciados pela Dieta, os mesmo indivíduos do Conselho Privado que controlavam o Gabinete controlavam a Dieta e o próprio imperador. É um problema de legitimidade, pois a elaboração de leis pelos burocratas se tornou hábito que perdura até hoje.

Esses não possuíam qualquer mecanismo para garantir seu exercício, podendo ser criados, modificados e infringidos por legislação comum⁶². Para manutenção da ordem e segurança, por força do art.9⁶³ da Constituição Meiji o Imperador podia se utilizar de ordinações restritivas de direitos, inclusive com provisões penais.

Ora, o próprio capítulo 2 da Constituição define que punições de natureza penal só podem ser tratadas por lei, de forma que para resolver o conflito foi utilizado o instituto da delegação legislativa, delegando às ordens, por meio de lei, o poder de punir.

Evidente que os penalistas consideraram a manobra inconstitucional, violando o princípio da *nulla poena sine lege*. Minobe, entretanto, asseverou sua constitucionalidade, visto que a Constituição já estabelecia essa possibilidade de dar natureza penal as ordinações no art. 9º cabendo a delegação apenas definir o limite da punição a ser atribuída.

Enfim, diante das inúmeras possibilidades de restrição a direitos individuais bem como da concentração dos três poderes, em última instância, na figura do imperador, para autores como KOBAYASHI⁶⁴ a nova lei fundamental não passava de um Constitucionalismo de fachada.

Os direitos previstos na Constituição são, por sua vez, eminentemente individuais, como por exemplo, o direito à propriedade (art. 26), liberdade de religião (art. 27), expressão e associação (art. 28).

O Judiciário independente administrativamente encontra previsão nos art. 57 a 61 e as bases da regulação das finanças públicas são previstas do art. 62 a 72.

Importante destacar que não existe separação dos poderes, tendo em vista que o Imperador acumula as funções Legislativas, Executivas e Judiciárias. Estão presentes meras restrições ao exercício de cada órgão, para a manutenção de um nível organizacional aceitável.⁶⁵

⁶² Tal idéia advinha da concepção do imperador como ente divino do qual emanavam esses direitos, de maneira que não tinham sua origem no nascimento da pessoa humana como pregava o Direito Natural. FUJITA, Hisanori. **Nihonkokukempou**, Japão: Hokujuushuppan, 2007, p.47

⁶³ 第9条 天皇ハ法律ヲ執行スル為ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令ヲ発シ又ハ発セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス (O Imperador executa ou dá causa para execução das ordens necessárias para o cumprimento das leis, para a manutenção da paz e ordem pública e para a promoção do bem estar de seus súditos. Entretanto, nenhuma Ordem pode alterar de qualquer forma uma lei já existente.).

⁶⁴ KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukempou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 24.

⁶⁵ SIEMES, Johannes, op.cit., p. 50.

O processo de emenda e revisão se encontra no art. 73, e só foi utilizado após a Segunda Guerra mundial na formação da Constituição seguinte.

Com relação à legislação infraconstitucional, sua produção se iniciou com a tradução dos cinco códigos napoleônicos realizada por Mitsukuri Rinsho, que se encarregou não só de traduzir como também de criar neologismos que comportassem os complexos conceitos jurídicos europeus como direitos subjetivos, dever e etc. Os primeiros Códigos aprovados foram o Penal e de Processo penal em 1880, entrando em vigor em 1882, com influência francesa, e revisados em 1907 passando a se inspirar no Código Penal Alemão.⁶⁶

Apesar do conservadorismo, ao menos duas provisões constitucionais contribuíram para o debate e efetiva modernização do processo político japonês.

Primeiramente, ainda que o imperador figurasse como espécie de quarto poder, exercendo poder moderador semelhante ao visto na Constituição Brasileira de 1824, o art. 4º, a Constituição japonesa apresentava espaço para interpretações mais liberais, na medida em que expressamente estabelecia que o Imperador exercesse seus poderes de soberania em acordo com a Constituição, estando, portanto, abaixo da lei.⁶⁷

Em segundo lugar, a previsão de uma Dieta e de um processo eleitoral, ainda que pouco relevante nos primeiros anos de vigência, eventualmente possibilitou a atividade político-partidária, pressionando o governo a modificar sua condução autoritária em relação aos Ministérios e Gabinete.

Logo, as poucas garantias e direitos meramente formais previstos na Constituição em última instância possibilitaram sua discussão e eventualmente sua materialização e ampliação especialmente no que tange a atividade política dos partidos e a participação popular no processo decisório.

Uma análise superficial pode levar à interpretação de que foi uma Constituição reacionária, mas levando-se em conta a época em que foi escrita e tendo em sua comissão elaboradora a própria classe dominante de um país que até poucos anos ainda se fundava em um regime militar feudal, o texto apresentou caráter menos autoritário do que o esperado, em boa parte pela atuação do próprio príncipe que enfrentou resistência na inclusão da Dieta como órgão legislativo.

⁶⁶ MARGADANT, Guilherme F., op.cit., p. 36.

⁶⁷ 第4条 天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ (O Imperador é o governante da nação e exerce seu controle e soberania com base no que dispõe esta Constituição.)

Parte de seu caráter dual pode ter origem no caráter dual das idéias de seu idealizador, Hermann Roesler, que apresentava nuances liberais, antiliberais mas ao mesmo tempo antibismarckiano. À Roesler, que implementou, por exemplo, a independência administrativa do poder judiciário, a Constituição deve uma de suas principais características, a síntese da autoridade imperial e direitos individuais.⁶⁸

Ao mesmo tempo em que garante a soberania do imperador e de suas decisões, a Constituição mantém traços marcantes das Constituições liberais, como o governo por meio de leis consentidas pela população.

Ainda que tenha potencializado uma visão mais liberal do que o planejado, a Constituição institucionalizou a soberania na figura pessoal do imperador, perpetuando a tradicional política decisória japonesa na qual a responsabilidade administrativa se esconde por trás dessa soberania sem *accountability*⁶⁹, legitimando a combinação de absolutismo que se presta a proteger uma burocracia a margem da representatividade na figura dos conselheiros imperiais (*Genro*).

Apesar de seus defeitos, a Constituição de 1889 permitiu ao Japão atingir o objetivo de revisar os tratados desiguais e se colocar entre as nações mais avançadas do mundo, mas, esse excesso de poder concedido ao Imperador e àqueles que o cercavam levaram, em última instância, a era do imperialismo que, das vitórias sobre China e Rússia, culminou com a derrota na Segunda Guerra Mundial.

Entretanto, a partir de 1925, com a lei de preservação da ordem pública e especialmente a partir da invasão da Manchúria em 1931 o governo passou a assumir uma postura mais militarista a restringir a liberdade, democracia e direitos humanos. Sempre importante ressaltar que muitas das instituições, garantias e liberdades presentes na legislação constitucional e infra constitucional Meiji eram apenas formais, lembremos que ocidentalização foi fachada para revisão de tratados e justificação de atitudes imperialistas.

Evidente que a estrutura social não pode ser modificada de um dia para o outro pela mera promulgação de leis e políticas tímidas de uma classe dominante que “restaurou”, mas não “revolucionou”, garantindo muito mais o cumprimento de

⁶⁸ SIEMES, Johannes. Op.cit. p. 42.

⁶⁹ HALL, John Whitney. **Japan: From Prehistory to Modern Times**, Tokyo: Charles Tuttle Company, p. 299

deveres por parte do povo do que a garantia de seus direitos, e nessa medida o ambiente sempre foi propício para o recrudescimento das autoridades.

3 DA OCUPAÇÃO AO ARTIGO 9º

3.1 DEMOCRATIZAÇÕES, IMPERIALISMO E DERROTA

Após a morte do Imperador Meiji em 1912 o Japão entrou na Era Taisho, marcada pela tentativa de democratização a partir da partidarização e dos movimentos populares, bem como pela reação rigorosa contra essa democratização.

Os partidos políticos, que até então não tinham participação relevante na estrutura política do país, passaram a assumir forma mais clara, especialmente o *Seyukai* e o *Doshikai*. Houve também articulação para a criação de um partido socialista em 1922, em função da tradução das obras de Karl Marx na década de 1920, mas o governo reagiu com a promulgação da lei de Segurança Pública (治安維持法) em 1925, que legitimou a polícia secreta a agir contra os críticos do *status quo*.⁷⁰

Esse tipo de situação pôde ser legitimada pela própria lógica dentro da Constituição. Só o imperador tem poder de iniciativa para emendá-la, analogamente podemos entender que a iniciativa de mudança na estrutura do poder é do imperador, e qualquer tentativa popular nesse sentido precisa de sua aprovação.

Dessa forma, o Imperador foi contrário a criação de um partido socialista, mas de seu governo partiram políticas para coibir discriminação contra classes tradicionalmente marginalizadas como os *eta*, e dele também partiram leis de controle do monopólio, assistência jurídica para indigentes, modificação do processo penal para o modelo germânico, mais protetivo aos direitos do acusado que o modelo francês; ampliação dos direitos das mulheres, autorizando-as a participar de manifestações políticas, sufrágio universal masculino, voto feminino em questões municipais.⁷¹

Podemos observar uma tendência à valorização da igualdade também na permissão concedida a aos estrangeiros em 1926 para compra de propriedade imobiliária em igualdade de condição aos nacionais japoneses, bem como a própria autorização para atividade sindical a partir de 1930.

Entretanto, a partir de 1931 uma série de tentativas de golpes de estado e rebeliões colocaram as autoridades em alerta com relação à onda de

⁷⁰ MARGADANT, Guilherme F., op.cit., p. 164

⁷¹ MARGADANT, Guilherme F., op.cit., p. 165

democratização, e a partir de 1934 o Japão entra no chamado “vale escuro” (暗い谷間) de subversão fascista e messianismo nacionalista e xenofóbico, isso tudo a partir dos teóricos do *kokutai*, essência nacional-estatal do Japão, que defendiam uma missão metafísica ao Estado Japonês, em um caráter especial e único emanando da nação-família liderada pelo patriarca divino.

Acadêmicos como Minobe e Sakuzo defendiam que o Imperador era órgão, e não base do Estado, mas à época a teoria do *kokutai* prevaleceu.⁷²

Na década de 1930 o Japão invadiu a Manchúria e a China. Antes já havia combatido a Rússia, e anexado a Coreia, celebrando, ainda, tratados militares com nações ocidentais. Os fatos revelam que já existia uma tendência ao imperialismo militar desde a era Meiji, e ao mesmo tempo um favorecimento, inclusive pela ordem Constitucional, a uma estrutura de poder propícia para essa política militarista, com enorme concentração de poder em uma autoridade simbólica facilmente controlável por políticos, e, inclusive, empresários interessados na Guerra, seja como fonte de legitimidade para o *kokutai* ou mesmo como fonte de lucro.⁷³

O histórico de violações de direito internacional com guerras de agressão do Japão atingiu o ápice com o ataque a Pearl Harbor em 1941 durante a 2ª Guerra Mundial, marcando a entrada dramática japonesa e americana no conflito global. A vitória em Pearl Harbor foi seguida, entretanto, pela derrota em Midway, e a derrota na guerra, em última instância representou uma vitória para o povo japonês, pois trouxe democracia e prosperidade para o povo.

Ainda, a vitória em Pearl Harbor pode ter sido uma vitória para uma paz futura, na medida em que em muito motivou a vontade americana de, a partir do controle sobre a produção da nova Constituição Japonesa a partir da Ocupação, restringir institucionalmente a beligerância japonesa.

Segundo Habermas, duas são as características constitutivas do Estado Moderno: A soberania do poder estatal, corporificada no príncipe, e, mesmo que de maneira paternalista, a diferenciação do Estado em relação à sociedade se tenha reservado às pessoas em particular um teor essencial de liberdade subjetiva. Essa medida de liberdade levou aos movimentos pró-democracia das primeiras décadas

⁷² Tsuru, Shigeto. **Japan's Capitalism**. UK: Cambridge University Press, 1993. p. 43

⁷³ Princípios como o *kokutai* ou o comando supremo do imperador e sua relação direta com as autoridades militares, ainda que não codificados, eram considerados parte da lei fundamental e utilizados como Standards de interpretação da Constituição. COLEGROVE, Kenneth. Op.cit., p. 1032

do século XX⁷⁴ no Japão, mas só a passagem da soberania baseada no Imperador para a de cunho popular poderia transformar os direitos de súdito em direitos do homem, direitos liberais e políticos de cidadania⁷⁵.

Talvez a força propulsora para uma reformulação jurídico-política, representada pela idéia de nação, estivesse presente na realidade japonesa, e dela surgiu a busca pelas ampliações de direitos e garantias dos cidadãos, mas na estrutura de Estado vigente, naquele modelo de Estado Constitucional Monárquico, a idéia de nação foi utilizada para alimentar o nacionalismo imperialista, belicista, identificando a nação no Estado, e não nos indivíduos, que estão muito mais próximos da idéia de nação.

Essas condições foram propícias para favorecer o autoritarismo, suprimindo a busca pelas garantias individuais.

Cabe ressaltar que a busca por reconhecimento internacional não se deu apenas no aspecto institucional, mas também de maneira belicista. Nesse contexto imperialista, Habermas acredita que a própria idéia de nação é utilizada menos como forma de fortalecer as populações em sua lealdade ao Estado Constitucional, e mais com mobilização de massas com objetivos que dificilmente podem se harmonizar com princípios republicanos.⁷⁶

É a mudança na Constituição e na conformação do Estado que trará novas possibilidades no campo dos direitos fundamentais, inclusive com a transformação de uma cláusula política de renúncia a guerra em uma bandeira do direito fundamental à paz.

Não é possível dizer que o caráter autoritário da Constituição por si só levou a ruína em 1945. Evidente que pressões internas e externas em direção à modernização, militarização e proteção dos interesses nacionais contribuíram de forma decisiva para o caminho tomado, mas este só foi possível, pois o caminho já havia sido aberto pela própria lei fundamental.

⁷⁴ Durante a democracia Taisho da década de 1920 foi instituído o “governo de partido” no qual o Gabinete é baseado no partido com maior força na Casa dos Representativos. Também é o período em que o professor Tatsukichi Minobe avançou sua tese de que o imperador é um órgão do Estado, sem autoridade sobre ele. Tsuru, Shigeto. **Japan's Capitalism**.UK:Cambridge University Press, 1993. p. 43

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política, São Paulo: Edições Loyola, p. 135

⁷⁶ *Idem*, p. 139

De acordo com T. A. BISSON⁷⁷, só foi possível aos militares obter o poder político, pois a Constituição garantiu aos comandantes da Marinha e do Exército acesso direto ao Imperador, permitindo que exercessem enorme influência sobre o poder político, tornando-os intérpretes autorizados da vontade imperial.

Talvez aqui possamos vislumbrar uma das primeiras conexões efetivas que mostram a importância de conhecer a Constituição Meiji no contexto do presente trabalho, no sentido de que o art. 9º da Constituição de 1947 pode ser visto justamente como a contenção prévia do poder de uma oligarquia política que legitime a guerra e o expansionismo como forma legalizada de se proteger o “interesse público”.

3.2 *NIHONKOKUKENPOU* – CONSTITUIÇÃO DE 1947

3.2.1 Processo de elaboração da Constituição

Ideologicamente, a base da nova Constituição Japonesa foi lançada pela Declaração de Postdam, documento assinado em 26 de julho de 1946 por Harry Truman, Winston Churchill e Chiang Kai Shek, estabelecendo os termos para a rendição do Japão.

A partir do documento, foi declarada não só a rendição incondicional do Japão, mas, especialmente, foi determinado o rumo que o país deveria seguir a partir da derrota. Seu principal objetivo era extinguir a antiga ordem que levou o Japão às guerras de conquista, a partir da restauração da democracia, respeito aos direitos fundamentais e à liberdade do povo, extinção do caráter divino do Imperador, bem como comprometendo o governo a adotar uma postura pacífica pela democratização e desmilitarização, auxiliados pelo Quartel General da Ocupação Militar Americana (ou simplesmente Ocupação), comandado pelo Comandante Supremo dos Poderes Aliados (SCAP)⁷⁸ General Douglas MacArthur.⁷⁹

⁷⁷ T. A. BISSON. The Price of Peace for Japan, **Pacific Affairs**, Vol. 17, No. 1, Março, 1944, p. 18. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2751993> . Acesso em: 07/06/2011 às 8:45.

⁷⁸ Segundo WARD “SCAP stands for Supreme Commander for the Allied Powers. The term is used to refer individually to either General MacArthur or General Ridgeway, the two occupants of this office, and collectively to the General Headquarters that they commanded. For SCAP's claims with respect to popular and parliamentary support for the constitution, see **The Political Reorientation of Japan**, op. cit., I, IO9-III, and II, 66o, 669, and 682.

Com a Declaração de Postdam, o Japão se comprometeu, sob as regras do Direito Internacional, a cumprir as demandas das nações aliadas. Entretanto, diante da derrota na guerra e do estado de confusão psicológica e ideológica, nem o governo e nem a população conseguiram assimilar imediatamente o dever.

Como a Constituição Meiji era um obstáculo na concretização desses objetivos, foi estabelecido, em outubro de 1945, o Comitê de Investigação das Questões Constitucionais (憲法調査問題委員会), ou simplesmente Comitê Matsumoto, para examinar a questão da revisão, ainda que sob oposição das autoridades japonesas, representadas naquele momento da Ocupação pelo Gabinete do Primeiro Ministro Kijurou Shidehara.

Antes, porém, MacArthur havia apontado o príncipe Konoye, Primeiro Ministro no período da Guerra contra a China e na Segunda Guerra Mundial, para a tarefa de revisar a Constituição. Suspeito de crimes de guerra foi violentamente rechaçado tanto por Japoneses como por Norte Americanos, cometendo suicídio em 24 de Novembro daquele ano.⁸⁰

Diferente da Constituição Meiji, a nova Lei Maior não seria objeto de outorga imperial, motivo pelo qual foi objetivado o debate legislativo. Entretanto, não seria também elaborada por um grupo de estudiosos do Direito ou por uma Constituinte especificamente formada para tanto, como o fora anteriormente, restando nas mãos da Dieta a discussão do projeto a ser apresentado pelo Comitê Matsumoto, em ambas as casas, a Câmara Baixa eleita pela população, e pela Câmara dos Nobres, indicados pelo imperador.⁸¹

Apesar dos esforços da Ocupação, o Comitê relutou em aceitar a necessidade de reforma completa da Constituição, entendendo que bastavam pequenas mudanças textuais e de interpretação dos artigos da antiga Carta Constitucional para um retorno aos níveis da democracia Taisho, estabelecendo quatro princípios nessa revisão: 1) Fim da soberania do imperador (mas não se sua supremacia ou inviolabilidade); 2) Ampliação dos poderes da Dieta; 3)

⁷⁹ KADES, Charles L.; The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution. **Political Science Quarterly**, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 217. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

⁸⁰ MCNELLY, Theodor. American Influence and Japan's No-War Constitution, in: **Political Science Quarterly**, Vol. 67, No. 4 (December, 1992), p. 590-591. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2145143>. Acesso em: 13/06/2011.

⁸¹ KADES, Charles L., Op.cit. p. 215-247.

Responsabilização dos Ministros pelos atos durante o exercício de suas funções; 4) ampliação dos direitos fundamentais.⁸²

Ao mesmo tempo, partidos políticos, organizações não governamentais, associações e até mesmo particulares passaram a escrever projetos de Constituição, publicados em jornais e periódicos, na esperança de que servissem como parâmetro na definição da vontade real do povo japonês.

Sem realizar qualquer consulta à população ou à Ocupação, o Comitê Matsumoto esboçou uma nova Constituição, divulgada no jornal *Mainichi Shinbun* em 1946, na qual apenas dois artigos haviam sido modificados em relação à Constituição Meiji, o 3º, com a exclusão da palavra “sagrado”, retirando a previsão constitucional e o caráter divino do imperador⁸³, e o art. 11, com a retirada do ideograma que designa “exército”⁸⁴.

A proposta do Comitê Matsumoto foi recusada pelo Quartel General da Ocupação em 8 de fevereiro de 1946, e, reconhecendo a falta de vontade de estabelecer uma Constituição democrática por parte do governo, Douglas MacArthur ordenou que os projetos de Constituição deveriam incluir os seguintes princípios: abolição da soberania do Imperador; renúncia à guerra e proibição da manutenção de forças armadas, inclusive para fins de defesa; e fim do feudalismo, com a extinção de privilégios da nobreza, bem como inclusão do sistema inglês como modelo de elaboração de orçamento.⁸⁵

O Gabinete e a Dieta utilizaram diversas técnicas legislativas e argumentos teóricos para minimizar as modificações exigidas pelo SCAP.

Três foram as principais medidas empreendidas com esse objetivo.

Primeiramente, substituindo a soberania da vontade do povo pela supremacia do consenso popular, para que, através de interpretação da própria literalidade do dispositivo conseguissem a manutenção do sistema de soberania

⁸² TASHIRO, Kikuo; MATSUYAMA, Chuuzou; KUZUU, Eijirou; MANAZURO, Toshiki. **Kenpou kara kangaeru**: Heiwa to Jinken, Tokyo: Houritsu Bunka, 1999. p. 31

⁸³ Art. 3º - O Imperador é sagrado e inviolável. (第3条天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス).

⁸⁴ Art. 11 – O imperador é o comandante supremo da marinha e do exército. (第11条天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス). Aqui existe barreira idiomática difícil de transpor. O ideograma exército junto dos ideogramas terra e mar forma expressão que engloba marinha e exército, como instituições formais, sua retirada e substituição por outra manteria o imperador como comandante de algum tipo de força armada, mas que formalmente não seria designada como exército, e, portanto, de alguma forma representaria uma resposta à exigência de desmilitarização.

⁸⁵ MCNELLY, Theodor. American Influence and Japan's No-War Constitution, in: **Political Science Quarterly**, Vol. 67, No. 4 (December, 1992), p. 592. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2145143>. Acesso em: 13/06/2011.

imperial. Ora se não existir menção explícita à soberania da população, e obtido um consenso desta em direção à soberania do imperador, o texto constitucional mudaria, mas não seu significado.

Em segundo lugar, tentaram fortalecer a “Teoria da Constituição Imposta”, segundo a qual a Constituição propugnada pela Ocupação seria uma imposição dos ideais americanos, e uma violação do próprio processo constituinte, na medida em que este se baseou formalmente no art. 73 da Constituição Meiji, que regulava o procedimento para reforma, mas materialmente representou um jogo de pressão do Quartel General na imposição de suas diretrizes, com pouca aceitação das alterações propostas pelo Gabinete.

Tal teoria ainda encontra defensores nos dias de hoje, e foi defendida não apenas pelo governo conservador japonês, como também por teóricos de outras nacionalidades, especialmente em face dos vícios de formação com relação ao processo antidemocrático de elaboração⁸⁶.

Ocorre que, em geral, tal teoria sucumbe, e sucumbiu ao seu tempo, pelo próprio fato de que os princípios “impostos” pelo SCAP não eram valores universais na época, muitos dos quais não estavam sequer presentes na Constituição Americana, não se tratando, portanto, de uma transposição integral, ou mesmo parcial, do modelo americano⁸⁷.

O terceiro argumento na tentativa de impedir a pressão da Ocupação, na esteira da Teoria da Constituição Imposta, defende que a Constituição deveria ser criada e aprovada diretamente pelo povo. Na época, o argumento utilizado pelos QG

⁸⁶ Nesse sentido: Ray A. Moore, Reflections on the Occupation of Japan, In: **The Journal of Asian Studies**, n. 38 (August 1979): p. 727

⁸⁷ Na verdade, três argumentos chave derrubam, hoje, a idéia de “Constituição Imposta”. Primeiramente, a grande maioria da população apóia a Constituição de 1947, o que repele qualquer idéia de não conformidade com o ideal do povo. A crítica em geral se dá quanto a forma de nascimento da Constituição mas em nada se refere ao conteúdo. Por fim, a utilização das Constituições Privadas, mencionadas anteriormente como esboços escritos pela população, na elaboração de diversos artigos retira qualquer procedência dos críticos que alegavam que uma Constituição americana não respeitaria as particularidades do povo japonês. A existência de uma comissão com competência para restringir a atividade legislativa da ocupação, formada pela União Soviética, Canadá, Holanda e Austrália enfraquece ainda mais a “Teoria da Imposição”. KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukempou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006

Durante o próprio processo de discussões parlamentares, Tetsuo Katayama, futuro primeiro ministro, afirmou na sessão plenária de 26 de Agosto que o art. 9º não havia sido de forma alguma um ideal exterior, mas expressão de uma corrente de pensamento já existente entre os japoneses. Tatsuo Sato, por sua vez, ressaltou que, a despeito de o QG não ter feito concessões quanto aos três princípios constitucionais básicos, as demais alterações e objeções surgidas na Dieta foram em geral aceitas. KADES, Charles L.; *The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution*. **Political Science Quarterly**, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 241. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

da Ocupação para justificar a ausência dessa consulta direta foi, em parte, pelo medo de que a União Soviética pudesse, de qualquer forma, influenciar a população a adotar princípios socialistas.⁸⁸

Diante da resistência do governo japonês, as linhas gerais pretendidas por MacArthur foram entregues ao General Charles L. Kades, que comandava a Seção de Governo, uma seção especial com a função, dentre outras, de aconselhar o SCAP com relação às políticas concernentes à estrutura de governo do Japão, para que as utilizasse como base para um modelo de Constituição a ser apresentado ao governo Japonês.

Nessa ocasião foi apresentada formalmente pela primeira vez a idéia de renúncia a guerra, inclusive de defesa. Ocorre que nunca ficou claro de onde surgiu tal idéia. Kades recebeu as anotações em manuscrito, mas não soube identificar se a letra era do General Courtney Whitney ou de MacArthur.

Para facilitar a legitimação da proposição, decidiu-se atribuir a idéia aos chefes de Estado e de governo do Japão. Em 1º de Janeiro daquele ano, quando o Imperador negou sua natureza divina, também realizou declarações com alto teor pacifista, ao que se atribuiu a origem da proposta. Entretanto, tais declarações foram elaboradas com auxílio do Primeiro Ministro Shidehara, diante do que a ele foi atribuída oficialmente a idealização da Constituição e seus ideais, ainda que a dúvida não tenha sido esclarecida até hoje.^{89 90}

A discussão é relevante tanto na composição dos debates acerca do caráter impositivo da nova Constituição, como também na interpretação da intenção dos legisladores no que tange ao art. 9º, que materializou a renúncia a guerra. Tais pontos serão tratados de forma mais detalhada no Capítulo 4.

A Seção de Governo, dividida em diversos Comitês, iniciou a elaboração de um projeto de Constituição sigiloso. Dos dezesseis oficiais que compunham a Seção, cinco haviam sido advogados na vida civil, dentre os outros encontravam-se

⁸⁸ KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukempou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p.16

⁸⁹ KADES, Charles L.; The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution. **Political Science Quarterly**, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 217. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

⁹⁰ O tema é abordado detalhadamente em MURATA, Kiyosaki. *Kenpou Kyuujou no Nazo: Makkaasaa w anani wo kangaeiteitaka*, in: **Kenpou no Ronten**, Japan: Nikkeishinbunsha, 2004, p. 158 – 182.

políticos, editores de jornais, publicitários, especialistas em direitos humanos, cientistas sociais, investidores e professores universitários.⁹¹

A redação do projeto teve início em 4 de fevereiro de 1946, e, após seis dias de trabalho intenso, os comitês concluíram o esboço. As diferenças de opinião surgidas ao longo do processo foram resolvidas pelo General Whitney, o qual, em 10 de fevereiro reuniu e enviou o texto ao General MacArthur, que revisou os 11 capítulos e aprovou sua adequação aos princípios previamente lançados.

Evidente que a redação não partiu do zero e concluiu um projeto de Constituição em uma semana, tanto propostas dos partidos japoneses como as já mencionadas constituições privadas foram utilizadas, de onde surgiram as idéias de incluir, por exemplo, o controle de constitucionalidade pelo judiciário, o que a princípio pareceria uma proposta genuinamente americana.

A estrutura principal do texto não foi a Constituição dos Estados Unidos da América. Houve preocupação em adequar as disposições constitucionais às tradições liberais japonesas e seus ideais democráticos, que, longe de terem sido impostos pela Ocupação, derivavam da prévia incorporação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no projeto político de partidos como *Kaishinto* e *Jiyuto*.⁹²

No dia 13 do mesmo mês, MacArthur apresentou a proposta de Constituição, cuja elaboração havia sido mantida em segredo após a apresentação do insatisfatório projeto Matsumoto.

O segredo em torno do projeto elaborado pelo SCAP se deu em função da vontade de MacArthur de evitar a influência e pressão política do governo japonês e dos próprios Estados Unidos, bem como de outras agências de controle dos Poderes Aliados. A pressa, por outro lado, teve em vista que o SCAP tinha liberdade absoluta na condução do assunto enquanto a Comissão do Extremo Oriente⁹³ não apresentasse diretrizes para a política a ser implementada no Japão.⁹⁴

⁹¹ KADES, Charles L. Op.cit., pg. 225

⁹² KADES, Charles L. Op.cit., pg. 227

⁹³ A Comissão do Extremo Oriente (Far Eastern Commission – FEC) foi criada pelo Acordo de Moscou em 27 de dezembro de 1945, incluindo a União Soviética aos dez países que compunham a antiga FEAC. A Comissão tinha por objetivo formular políticas, princípios e *standards* que garantissem o cumprimento, por parte do Japão, das obrigações assumidas com o termo de rendição. KADES, Charles L.; The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution. **Political Science Quarterly**, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 218. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

⁹⁴ MCNELLY, Theodor. Op. cit. p. 592

O documento apresentado pelo Quartel General não era apenas uma lista de emendas à Constituição Imperial, mas uma Constituição completamente nova.

Apesar da intensa oposição do governo japonês, a mesma foi formalmente apresentada como Projeto de Revisão da Constituição em 13 de fevereiro e aprovada pelo Gabinete, sob ameaças de que, caso aquele documento não fosse utilizado como “guia” da versão definitiva, o Quartel General apresentaria o mesmo diretamente ao povo, sem mais buscar a colaboração do poder Legislativo.⁹⁵

Em 4 de março o Gabinete devolveu ao SCAP o projeto com apenas uma alteração, a inclusão do bicameralismo em vez do unicameralismo, alteração esta ilógica do ponto de vista teórico, mas acatada pela Ocupação. Pouca foi a resistência política e popular ao novo documento, tendo em vista que as dificuldades econômicas enfrentadas por todas demandava atenção à outros eventos.⁹⁶

Nova versão do Projeto foi publicada pelo governo em 17 de abril, com algumas modificações substanciais, como o poder da Câmara dos Conselheiros (câmara alta) de apresentar legislação de emergência em caso de dissolução da Câmara dos Representantes (câmara baixa).

Em junho de 1946 o Primeiro Ministro Shigeru Yoshida, até então resistente à revisão constitucional, reconheceu formalmente a necessidade de uma nova Constituição para que o Estado Japonês se adequasse à Declaração de Postdam, mas levantou o questionamento quando a falta de disposição da Constituição Imperial quando a possibilidade de revisão de emendas propostas pelo Imperador.

MacArthur deu liberdade à Dieta para lidar com o problema apresentado, e deixou claro que era permitido ao Poder Legislativo aceitar, modificar ou recusar o Projeto caso entendesse necessário. Interessante observar que a mesma opção não havia sido dada ao Gabinete.⁹⁷ Isso se dá pela provável existência de uma genuína preocupação do General com a aprovação democrática do texto constitucional pelos legisladores representantes do povo, e não por burocratas do Poder Executivo.

Em 2 de julho a Comissão Aliada do Extremo Oriente apresentou as diretrizes básicas para a nova Constituição, as quais, em linhas gerais já haviam sido cumpridas.

⁹⁵ MCNELLY, Theodor. American Influence and Japan's No-War Constitution, in: **Political Science Quarterly**, Vol. 67, No. 4 (December, 1992), p. 593. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2145143>. Acesso em: 13/06/2011.

⁹⁶ MCNELLY, Theodor. *Op. Cit.* p. 594

⁹⁷ MCNELLY, Theodor. *Op. Cit.* p. 595

Apresentado à Dieta, o projeto sofreu pequenas mudanças nas duas casas legislativas para adequação às exigências da Comissão, reforçando a soberania residente no povo e não no Imperador (art. 1º), acrescentando a seleção do Primeiro Ministro e do Gabinete pela Dieta (art. 67), atribuindo o status civil aos membros do Gabinete (art. 66), sufrágio universal (art. 15) e transferência da propriedade da Casa Imperial ao Estado.⁹⁸

Assumiu sua forma definitiva em 7 de outubro, com acréscimos relevantes ao art. 9º pelo então Parlamentar Ashida Hitoshi. As modificações serão analisadas em capítulo específico, adiante no presente trabalho.

A Constituição foi promulgada em 3 de fevereiro de 1947 e entrou em vigor 3 de maio de 1947 com o nome de *Nihonokoku Kenpo*, que, diferente da Constituição do Grande Império Japonês, significa apenas Constituição do Japão, mantendo-se intacta até hoje.

3.2.2 Principais características da nova Constituição

Das características da Constituição de 1947 podemos destacar seguintes pontos.

Ainda que formalmente seja considerada como reforma ou revisão da Constituição anterior, seguindo os procedimentos formais do art. 73 da Constituição Meiji, na prática não é o que se observa, pois não manteve cláusulas pétreas e não possui continuidade com a Lei anterior. A manobra foi utilizada para evitar conflitos caso ficasse evidente que a declaração de Postdam foi, em verdade, uma revolução, com a passagem de Poder do Imperador para o povo.

A interpretação de todas as disposições presentes no texto constitucional pressupõe a compreensão de três princípios que marcam e permeiam todo o ordenamento constitucional: soberania popular, garantia dos direitos fundamentais e renúncia à guerra, que são as cláusulas pétreas da Constituição.

Quanto à soberania popular, tem sua origem em 1946, quando o Imperador Hirohito abdicou de sua origem divina e, na nova Constituição, o artigo 1º formalmente o reduz a mero símbolo do povo, derivando sua posição da vontade

⁹⁸ MCNELLY, Theodor. *Op. Cit.* p. 597

deste, de forma que, dogmaticamente, o ordenamento passa a se fundar em uma nova soberania, que reside na população.⁹⁹

O povo é o representante da nação, o imperador é apenas símbolo da unidade, seus atos não possuem autoridade política, apenas função diplomática nos assuntos de Estado. A natureza de cláusula pétrea não protege a existência do imperador, mas sim a soberania popular, tornando possível, portanto, a remoção do sistema imperial por meio de revisão da Constituição.¹⁰⁰

A ênfase do artigo na possibilidade de remoção é especialmente relevante, na medida em que sua redação buscou fortalecer a postura do General MacArthur de manutenção do sistema Imperial, a despeito das opiniões em favor de sua extinção.¹⁰¹

No que tange aos direitos fundamentais, que estavam sujeitos a reserva de lei sob a égide da Constituição Meiji, adquiriram na nova Constituição caráter inviolável. Estão enumerados entre os artigos 13 e 40, e, conforme o art. 81, estão sujeitos a controle judicial, e não político como se dava anteriormente. São direitos de ordem eminentemente individual, mas incluem direitos coletivos e sociais como o direito a vida, seguridade social, educação, emprego. Por meio de interpretação extensiva também inclui novos direitos como meio ambiente, privacidade e informação.¹⁰²

Ainda que não seja mencionado, o direito natural parece fundar a nova concepção japonesa dos direitos fundamentais, a partir de uma leitura do art. 11¹⁰³ que a contém implicitamente, ao afirmar que a Constituição garante (e não confere) esses direitos, que são, por conseqüências, anteriores à positivação.

⁹⁹ KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukunpou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p.33

¹⁰⁰ KOBAYASHI, Takeshi. Op.cit., p. 34

¹⁰¹ KADES, Charles L., The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution. **Political Science Quarterly**, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 239. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

¹⁰² KOBAYASHI, Takeshi, Op.cit., p. 37

¹⁰³ [基本的人権]

第 11 条 国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。(O povo não pode ser impedido de desfrutar de qualquer dos direitos fundamentais. (Esses direitos, eternamente invioláveis, garantidos por essa Constituição, devem ser atribuídos às gerações presentes e futuras)

Ainda no campo de direitos individuais, o art. 25 apresenta a garantia do mínimo existencial e cultural. Tal artigo teve origem em emenda proposta pelo Partido Socialista e foi criticada por Kades, que a julgou idealista.¹⁰⁴

O art. 97, por sua vez, confere a inviolabilidade aos direitos fundamentais. Originalmente o artigo proibia qualquer emenda que viesse a alterar o Capítulo referente a tais direitos, mas MacArthur não aprovou o texto, que acabou substituído pelo atual, redigido pessoalmente pelo General Whitney.¹⁰⁵

Há uma estrita separação de poderes (artigos 41, 65 e 67), limitada pelo controle judicial de constitucionalidade de qualquer ato oficial, seja ele do judiciário, executivo ou legislativo, em conformidade com o já mencionado art. 81.

O Estado Japonês é unitário (Capítulo VIII), as prefeituras são apenas braços do Poder Executivo Central, com autonomia limitada, mas o Poder Legislativo é bicameral. Não sendo o Japão uma federação, e não reconhecendo uma classe de nobres, esse bicameralismo não se justifica teoricamente, mas está presente na Constituição por exigência do governo japonês, que via na divisão um fortalecimento dos freios e contra-pesos dentro do próprio legislativo.

A equiparação dos sexos está presente em três artigos (14, 24 e 47), representando mais um passo rumo a uma efetiva democratização da sociedade japonesa.

O artigo 89 estabelece a completa separação entre Estado e Religião, evitando, assim, o uso da fé, especialmente *shinto*, para fins políticos.

Rumo a uma transição à meritocracia, a Constituição extingue todos os títulos de nobreza, em um esforço para acabar com privilégios plutocráticos, junto a outras medidas políticas como a reforma agrária e combate às *zaibatsu*.

Por fim, alteração de grande relevância, e que será o foco do presente trabalho no Capítulo 4, é a inclusão da renúncia à guerra no art. 9º, que representa, por um lado, consagração do ideal de paz e, por outro, fonte de inúmeros problemas de ordem política e jurídica que orbitam especialmente nas questões de soberania, bem como dos limites de interpretação da Constituição.

Ainda que texto constitucional tenha continuado intacto com o fim da Ocupação em 28 de abril 1952, o mesmo não pode ser dito de sua interpretação e aplicação. Diversas previsões constitucionais foram subvertidas por leis e

¹⁰⁴ KADES, Charles L. Op.cit. p. 238

¹⁰⁵ *Idem*, p. 226

interpretações judiciais, especialmente no tange aos direitos dos trabalhadores do Capítulo III e autonomia local do Capítulo VIII.¹⁰⁶

Até 1950 podemos observar uma tendência de efetivação das orientações da Ocupação no ordenamento jurídico, bem como um comprometimento de adequação da legislação infraconstitucional com os princípios constitucionais. Ocorre que, com o início da Guerra da Coréia, a política da Ocupação com relação ao Japão mudou, abandonando a desmilitarização do país e assumindo uma postura favorável a sua militarização, a partir da criação da Polícia Nacional da Reserva (警察予備隊).

Uma série de tratados bilaterais com os Estados Unidos e o gradual comprometimento com as Forças de Manutenção da Paz das Nações Unidas levaram o Japão a manter uma Força de Autodefesa (*Jieitai* – 自衛隊) que representa hoje um dos mais bem equipados exércitos do mundo, ainda que não ostente formalmente o status de militar.

O processo de modificação e os debates sobre a revisão da Constituição não tiveram destaque entre 1947 e 1952, ainda que a revisão tivesse sido formalmente estabelecida para ocorrer entre maio de 1948 e maio de 1949.¹⁰⁷ Mesmo assim, estava claro que os Gabinetes de ambos os Primeiros Ministros que participaram da elaboração do texto, Shidehara e Yoshida, não estavam satisfeitos com o documento, como um todo.

Logo, com o fim da Ocupação a discussão se intensificou, culminando com a criação da Comissão de Investigação Constitucional pela Lei nº 140, aprovada em 11 de novembro de 1956. A Comissão era responsável por investigações em larga escala dos temas presentes na Constituição e, durante sete anos, concentrou os debates entre revisionistas e anti-revisionistas.¹⁰⁸ Formalmente seu objetivo era “investigar e deliberar acerca da Constituição do Japão e problemas a ela relacionados, bem como reportar suas conclusões ao Gabinete, e, através do Gabinete, à Dieta Nacional”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ WARD, E. Robert. The Commission on The Constitution and Prospects for Constitutional Changes in Japan, **The Journal of Asian Studies**, Vol. 24, No. 03, May, 1965, p. 402. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2050343>. Acesso em: 13/06/2011

¹⁰⁷ MCNELLY, Theodor. American Influence and Japan's No-War Constitution, in: **Political Science Quarterly**, Vol. 67, No. 4 (December, 1992), p. 597. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2145143>. Acesso em: 13/06/2011.

¹⁰⁸ WARD, E. Robert. Op.Cit. p. 404

¹⁰⁹ *Ibidem*

As controvérsias em torno da Comissão partem, desde sua criação, com a argüição de sua inconstitucionalidade pelo Partido Socialista, alegando que, segundo o art. 96 da Constituição, apenas a Deita teria competência para realizar investigações constitucionais do gênero, enquanto a Comissão encontrava-se sob a jurisdição do Gabinete.

O protesto era também ideológico e político. O Partido Socialista deixou de participar da Comissão, ainda que convidado, pois acreditavam que tal convite não passava de medida visando dar aparência de discussões multipartidária e democrática a interesses revisionistas conservadores do Partido Liberal Democrata.¹¹⁰

Para evitar posteriores alegações de ilegitimidade das conclusões da Comissão, optou-se por explorar a investigação constitucional no maior número de perspectivas possíveis, seja pela análise de seu funcionamento efetivo, seja pelo estudo teórico de sua origem e seus antecedentes, adotando pontos de vista revisionistas e não revisionistas.

Em função da opção por tal multiplicidade, o documento final da Comissão, cuja forma de publicização escolhida foi a de Compromisso a fim de evitar tensões políticas caso tomasse forma demasiadamente impositivo, restou bastante extenso e difuso, reunindo as mais diversas propostas, em geral pouco concordantes.¹¹¹

As conclusões da Comissão relevantes para o presente trabalho, concernentes à desmilitarização e renúncia à guerra, serão apresentada no Capítulo 5.

John M. Maki¹¹² enxerga na atuação da Comissão de Investigação Constitucional uma das causas para a posterior estabilidade constitucional no Japão. De fato, ainda que idealizada para modificar o texto constitucional, em suas conclusões a Comissão reafirmou os três princípios fundamentais da Constituição. Além disso, apesar dos anos de estudo, não apontou qualquer defeito relevante em seu texto, reconhecendo seu funcionamento efetivo como lei fundamental de uma sociedade japonesa baseada na democracia. Revelou, ainda, que nenhuma revisão ou reforma do documento seria fácil ou rápida.

¹¹⁰ WARD, E. Robert. Op.Cit. p. 405

¹¹¹ WARD, E. Robert. Op.Cit. p. 411

¹¹² MAKI, John M. **Japan's Commission on the Constitution, the Final Report**, University of Washington Press, 1981, p. 10

A despeito do processo de elaboração conturbado da Constituição, especialmente das modificações substanciais da Constituição Meiji, que materialmente não revelam uma continuidade com a Lei Maior anterior, bem como constantes tentativas de revisão, o fato é que se apresenta até os dias de hoje como umas das Constituições mais estáveis no mundo.

Constitucionalmente, as mudanças introduzidas pela Ocupação foram um sucesso, e a própria ausência de emendas até hoje revela tal fato. A boa recepção popular do texto e constante apoio ao longo dos anos se devem provavelmente ao seu caráter liberalizador, que respondeu aos anseios não só da maioria, mas da busca por direitos das minorias.

Entretanto, infraconstitucionalmente as modificações introduzidas não tiveram o mesmo êxito. Teóricos explicam o fato pela Teoria da Diferença Cultural Antipodal (対蹠的文化相違説), segundo a qual a aplicação de princípios e práticas de um sistema cultural e legal diametralmente oposto não tem chances de suceder.¹¹³

Ora, a Constituição de 1947 segue os mesmos moldes da anterior, mas as modificações administrativas, por exemplo, foram soluções pensadas dentro do modelo americano e aplicadas no modelo japonês, que é, em última instância, baseado no sistema alemão. A incompatibilidade é evidente.¹¹⁴ No caso, o modelo foi realmente imposto sobre o Japão, e o resultado foi insatisfatório, com o desmembramento completo do novo sistema descentralizado em poucos anos. É um ponto relevante na discussão sobre a natureza impositiva ou não da Constituição

Observados os processos de formação de ambas as Constituições Japonesas, e entendidas suas características fundamentais, que possibilitam uma contextualização necessária para qualquer debate constitucional, parte-se à análise de questão pontual e polêmica, qual seja, a renúncia à guerra prevista no art. 9º, cuja previsão fomenta debates quanto ao seu significado intrínseco, limites e proibições, mas também quanto à sua natureza, considerada por muitos antidemocrática e ofensiva à soberania da nação. Devido à maior complexidade teórica do segundo aspecto, optou-se pelo estudo mais detalhado do primeiro, que por seu caráter descritivo e interpretativo formará as bases para futuras discussões.

¹¹³ SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo. **Nihon no Gyouseihou**, Japão: Editora Gyousei, 1999, p.124

¹¹⁴ *Ibidem*

4 RENÚNCIA À GUERRA E PACIFISMO: ART. 9º

4.1 PAZ COMO PRINCÍPIO NO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO

A leitura do preâmbulo da Constituição é essencial para que se inicie a discussão em torno das controvérsias relativas à renúncia à guerra presente no texto constitucional, na medida em que teóricos japoneses consideram que possui a mesma natureza jurídica constitucional dos artigos que a compõem.¹¹⁵

A despeito dessa identificação no nível da natureza jurídica, artigos e preâmbulo não possuem a mesma força normativa. A corrente majoritária composta por SATO, OONISHI e KOBAYASHI, entende que o preâmbulo não pode ser aplicado diretamente pelos tribunais, entretanto, serve como base interpretativa primordial por sua natureza genérica e principiológica.¹¹⁶ Logo, a interpretação do artigo 9º e do alcance da expressão pacifismo depende do texto em questão:

Nós, o povo japonês, agindo através de nossos representantes legitimamente eleitos, determinados a garantir, para o presente e para a posteridade, os frutos da cooperação pacífica e as bênçãos da liberdade por toda a ilha, e decididos a nunca mais deixar que os horrores da guerra ocorram através de ações do governo, proclamamos que a soberania reside no povo, e firmemente estabelecemos essa Constituição. O governo é uma instituição sagrada do povo, sua autoridade deriva do povo, seus poderes são exercidos pelos representantes do povo, o bem-estar é usufruído pelo povo. Esse é um princípio universal da humanidade no qual se funda a Constituição. Nós rejeitamos todas as constituições, leis e decretos que o contrariem.

O povo japonês deseja de todo coração a paz eterna, conscientes dos elevados ideais que regem as relações humanas, e, determinados a preservar nossa segurança e existência, confiamos na justiça de todos os povos que amam a paz. Nós desejamos ocupar um lugar de honra em uma sociedade internacional que busca a preservação da paz e a extinção do despotismo, escravidão, opressão e intolerância. Nós reconhecemos que

¹¹⁵ A afirmação é relevante na medida em que tal natureza jurídica não era atribuída ao Preâmbulo da Constituição Meiji, por se posicionar antes da própria denominação “大日本帝国憲法” (Constituição do Grande Império do Japão).

¹¹⁶ OONISHI, Yoshio. Zenbun no Naiyou *In: Kenpou Kougi, Vol. 1*, SATOU, Isao (Coord.), Yuuhikaku, 1963

todos os povos do mundo têm direito a uma existência pacífica livre de medo e necessidade.

Nós acreditamos que nenhuma nação deve se devotar apenas a si mesma, ignorando os outros países, devendo seguir os princípios da moralidade política universal, mantendo a própria soberania, em seu dever na construção de uma relação de igualdade com as demais nações.

O povo japonês jura, em nome da honra nacional, atingir esses elevados objetivos e ideais.

Podemos observar no preâmbulo três pontos centrais, que, apesar de não acompanharem a divisão dos parágrafos, podem ser observados na distribuição das idéias, com os objetivos da criação da nova Constituição, seu ponto de vista fundamental baseado na lei natural, e princípios fundamentais, quais sejam, soberania do povo, pacifismo eterno e proteção dos direitos fundamentais.¹¹⁷

A renúncia à guerra se inicia com o reconhecimento da culpa institucional na Segunda Guerra Mundial, que pode ser observada na frase “*decididos a nunca mais deixar que os horrores da guerra ocorram através de ações do governo*”, ao mesmo tempo em que garante não recorrer mais a este meio na relação com os demais Estados. Ao reconhecer a culpa na guerra, responsabiliza as ações do governo, de forma que exime o povo dessa responsabilidade e logo em seguida proclama sua soberania, procurando distinguir os desejos do povo e a postura belicista que o país adotava até então a partir da própria base do poder estatal.¹¹⁸

A amplitude do pacifismo pregado fica mais clara no segundo parágrafo do texto. Primeiramente, com a sentença “... *conscientes dos elevados ideais que regem as relações humanas, e, determinados a preservar nossa segurança e existência, confiamos na justiça de todos os povos que amam a paz...*” há aqui a idéia de que a manutenção da paz passará a ser feita através da confiança e respeito mútuo com as demais nações. É a primeira orientação contrária à postura de resolução de conflitos militarista apresentada na primeira metade do século XX.

Entretanto, a idéia de paz aqui tem grande amplitude, e indica que todas as disposições relacionadas ao pacifismo ou a renúncia a guerra presentes na Constituição não dizem respeito apenas a manutenção da paz no território japonês,

¹¹⁷ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.13

¹¹⁸ *Idem*, p.14

na medida em que ao confiar “... *na justiça de todos os povos que amam a paz...*” pressupõe uma situação ideal de paz mundial.¹¹⁹

O mesmo sentido pode ser deduzido quando a Constituição fala em “*ocupar um lugar de honra em uma sociedade que busca a preservação da paz...*”. Há aqui, também, a idéia de uma comunidade internacional pacífica e o desejo de cooperar com essa comunidade e nela ocupar espaço de vanguarda.

De extrema relevância é a forma como o preâmbulo não coloca a paz apenas como uma questão de Estado, mas sim como uma questão de direitos humanos, e nessa medida, eleva a paz a condição de direito fundamental universal com a seguinte frase: “...*Nós reconhecemos que todos os povos do mundo tem direito a uma existência pacífica livre de medo e necessidade*”.¹²⁰

É um direito fundamental que demanda postura ativa do Estado, e não a mera renúncia à atitude beligerante. Está diretamente ligado ao ideal de igualdade, e o próprio preâmbulo exemplifica a pró-atividade necessária ao afirmar que uma sociedade internacional pacífica busca a “...*extinção do despotismo, escravidão, opressão e intolerância*”¹²¹

O terceiro parágrafo reforça a idéia de cooperação, e nessa medida também reconhece e repudia não só a prévia mentalidade japonesa de uma “auto-justiça” na busca de solução para todas as disputas internacionais por meio da força, como também a ausência de moralidade nessa espécie de postura. Podemos observar que alteridade como princípio é bastante reforçada no preâmbulo, e sua ausência reprovada explicitamente. Logo, a paz não é apenas questão de não manutenção de poderio militar, mas o reconhecimento do outro como igual, a partir da própria menção de princípios universais.

Partimos então de um conceito *latu sensu* de paz, que envolve não apenas a ausência de conflitos, mas também uma postura ativa dos Estados na efetivação de

¹¹⁹ SATOU, Isao. *Nihonkokukempou ni okeru Anzenhoshouboushiki to Seijikikou*. Heiwakenkyuu, 1990, p. 19

¹²⁰ KASUYA, Susumu. *Kenpou Kyuujou to Jieiken*, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.16

¹²¹ Autores conservadores entendem que a participação do Japão nas Operações de Manutenção da Paz (PKO) da ONU, e a mera contribuição para o fim de uma situação de combate, já configuram uma postura ativa na busca dos objetivos presentes no preâmbulo. Entretanto, a doutrina mais moderna entende que a participação do Japão nas PKO são uma afronta a Constituição pois constituem colaboração com o uso de força na pacificação de territórios em conflito. Além disso, criticam o Japão por tradicionalmente não receber refugiados de países em guerra civil, e a recepção desses indivíduos sim corresponderia ao verdadeiro cumprimento do que dispõe o preâmbulo constitucional. Nesse sentido, TASHIRO, Kikuo; MATSUYAMA, Chuuzou; KUZUU, Eijirou; MANAZURO, Toshiki. *Kenpou kara kangaeu*. Heiwa to Jinken, Tokyo: Houritsu Bunka, 1999. p. 41

uma convivência pacífica entre nações, bem como a garantia de uma vida segura e digna para todos os povos, implicando a proteção dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. É, portanto, nesse contexto que toda a Constituição Japonesa deve ser analisada, e, no escopo do presente trabalho, tentaremos aplicar essa base principiológica na leitura de seu art. 9º.

4.2 O ARTIGO 9º

O segundo capítulo da Constituição Japonesa é composto por apenas um artigo, transcrito a seguir:

Capítulo 2 – Renúncia à Guerra

(Renúncia à guerra e negação ao potencial de guerra e direito de beligerância)

Art. 9º - O povo japonês, aspirando sinceramente por uma paz internacional baseada na ordem e na justiça, renuncia eternamente à guerra como direito soberano do estado, e a ameaça ou uso de poder armado como meio de resolução de conflitos.

Para atingir o objetivo do parágrafo precedente, nenhuma espécie de potencial bélico ou força aérea, marítima ou terrestre será mantida. O direito de beligerância do estado não é reconhecido.¹²²

A interpretação a seguir será desenvolvida em duas partes, buscando interpretar o significado do *caput* bem como do parágrafo único.¹²³ É a partir dessa sistemática que o dispositivo constitucional será analisado no presente trabalho.

4.2.1 Caput do art. 9º introduzido pela Reforma Ashida

O art. 9º se inicia com a seguinte frase: “O povo japonês, aspirando sinceramente por uma paz internacional baseada na ordem e na justiça”. Tal construção não estava no esboço original da Reforma Constitucional de 1946.

¹²² 第2章 戦争の放棄

〔戦争の放棄と戦力及び交戦権の否認〕

第9条 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

2 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

¹²³ Os textos legais não utilizam formalmente a terminologia *caput*, bem como não há numeração dos parágrafos. Os textos jurídicos em geral tratam do *caput* como parágrafo primeiro, o seguinte como parágrafo segundo e assim por diante. Optou-se, entretanto, pelo uso da terminologia brasileira à fim de evitar confusões desnecessárias.

A redação inicial do artigo era mais sucinta, idealizada pelo General Douglas McArthur e redigida pelo General Kades. Em sua primeira versão, o art. 9º apresentava a seguinte formatação:

Art. 9º A guerra como direito soberano da nação, e a ameaça ou uso de poder armado, são renunciados eternamente como meios de solução de conflito com outras nações.
A manutenção de força terrestre, aérea ou marítima, bem como outros potenciais de guerra, nunca será autorizada. O direito de beligerância do Estado não é reconhecido.

Tal texto foi modificado pela Dieta em 24 de agosto de 1946, passando a figurar com a redação em japonês atual.¹²⁴ As modificações foram introduzidas pelo parlamentar Ashida Hitoshi, que apresentou como razões para o acréscimo da frase “*aspirando sinceramente por uma paz internacional baseada na ordem e na justiça*” no *caput*, a intenção de deixar claro que a renúncia a guerra e a remoção de qualquer tipo de exército tinham por objetivo dar início ao ideal de paz mundial e cooperação da humanidade previsto no preâmbulo.¹²⁵

Com suas declarações na Comissão Parlamentar de Revisão Constitucional levou a crer que a interpretação da renúncia à guerra se daria em um sentido *lato sensu*, abrangendo não só guerras declaradas que atingem o estágio de conflito armado, como guerras declaradas que não alcançam as vias de fato, bem como os conflitos armados sem declaração de guerra, incluindo inclusive a renúncia ao direito de legítima defesa.¹²⁶

A Constituição Japonesa não foi a primeira a declarar a paz como princípio ou diretriz constitucional, e também não foi a primeira a proibir guerras de invasão. Nesse sentido podemos observar a Constituição Francesa de 1791 em seu Título IV¹²⁷, e a própria Constituição Brasileira de 1891¹²⁸ é apontada pioneira no tema. No século XX posição semelhante foi adotada pelas Constituições Espanhola (1931),

¹²⁴ Curiosamente a nova redação em inglês não correspondia à exata tradução do japonês, mostrando-se menos restritiva com relação à guerra e ao uso de potencial bélico, fomentando discussões que não serão aqui levantadas por terem origem em mero erro de tradução. ITSUNOMIYA, Shizuo. **Kenpou Daikyuujou no Hennsen to Kaishaku**. Japão: Editora Yuushindou, 1969, p. 180.

¹²⁵ Sangiinjimushouhen. *Teikokukenpoukaiseishingiroku (Sensouhoukihen)*, Tokyo: Shin Nihon Houki Shuppan, 1952, p. 58 – 62.

¹²⁶ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.21

¹²⁷ TITRE VI - Des rapports de la Nation française avec les Nations étrangères

La Nation française renonce à entreprendre aucune guerre dans la vue de faire des conquêtes, et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

¹²⁸ Art 88 - Os Estados Unidos do Brasil, em caso algum, se empenharão em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação.

Italiana (1947), Alemã Ocidental (1947), Coreana (1948), Tailandesa (1949), entre outras.

O que diferencia a Constituição Japonesa de 1947 é o fato de nascer com a renúncia a qualquer tipo de guerra, seja ela de invasão ou de defesa, proibindo a manutenção de qualquer tipo de forças armadas e armas. Essa foi a interpretação inicial dos parlamentares e constitucionalistas, e uma leitura dos dispositivos que regem o *Heiwashugi* (Pacifismo) revela que a lógica jurídica permite, de fato, tal compreensão.

Essa seria, inclusive, a intenção pessoal do Comandante do SCAP, pois, como escreveu em 1951, HERZOG¹²⁹, “o General MacArthur acredita firmemente na necessidade de desarmamento mundial, a ser possibilitado pela democracia mundial como a única forma de salvar a humanidade dos horrores das guerras atômicas.”

A partir do acréscimo promovido pela Comissão Parlamentar de Revisão Constitucional Japonesa, a Dieta teria apresentado, por espontânea vontade, concordância com a renúncia em seu sentido mais amplo, deixando de ser renúncia forçada ao direito de beligerância, passando a compor uma vontade da própria nação em direção à desmilitarização, o que pode ser observado pelas próprias declarações de Ashida, que na ocasião acrescentou, também, que o povo japonês pretendia ser vanguardista na construção da paz mundial baseada na ordem e na justiça.¹³⁰

Entretanto, 11 anos depois, em 1957, o mesmo parlamentar reviu oficialmente seu posicionamento, que havia diferenciado a Constituição Japonesa de 1947 das demais constituições do pós- Guerra.

Na Sétima Reunião Unificada dos Comitês de Investigação Constitucional, Ashida afirmou que a própria Carta da Organização Nações Unidas admite que em algumas situações é necessário recorrer às armas para manutenção da paz, situações da chamada guerra justa, de forma que um pacifismo baseado na justiça não é condizente com o princípio da não resistência. Não manter qualquer tipo de força armada nunca teria sido a intenção do *caput* do artigo primeiro.¹³¹

¹²⁹ HERZOG, Peter J. Political Theories in the Japanese Constitution. **Monumenta Nipponica**, Vol. 7, No. 1/2 (1951), p. 2. Disponível na internet <http://www.jstor.org/stable/2382947>. Acesso em: 07/06/2011.

¹³⁰ TANAKA, Hideo. **Kenpou seitei kateioboesho**, Japão: Editora Yuuhikaku, 1987, p. 106

¹³¹ Kenpou Chousakai Hen. *Kenpou chousakai dainanakaisoukaigi jiroku*, Tokyo: Ookurashou Insatsukyoku, 1958, p. 90-91.

Em 1951 a mesma declaração já havia sido dada em palestra na Câmara da Indústria e Comércio de Tokyo, na qual afirmou que seu objetivo era criar um espaço de interpretação que possibilitasse a autodefesa.¹³²

É evidente que a nova declaração diverge de seu posicionamento anterior. O fundamento, por óbvio, não é jurídico, mas sim, político. Como veremos adiante, as mudanças na conjuntura do poder na Ásia e o fortalecimento da divisão Ocidente-Oriente, bem como o fim da pressão do Quartel General da Ocupação contribuíram em muito para essa “mudança” na postura política de Ashida.

Sua nova declaração não tem, entretanto, relevância fática na atividade interpretativa do artigo, na medida em que a mutação constitucional¹³³ já havia se operado na primeira metade da década de 50, com a disseminação de correntes mais restritivas aos limites da renúncia ao direito de beligerância.

Por outro lado, apresenta relevância jurídica, na medida em que, se optarmos por uma interpretação que leve em conta a vontade do legislador, somos confrontados como uma contradição, para alguns, inconciliável.

KASUYA¹³⁴ entende que não é possível levar em consideração a vontade do legislador posterior à promulgação do texto, especialmente na medida em que se submete às mudanças no cenário político internacional, bem como nacional, com novas instituições nacionais militares em processo de formação, divergindo diametralmente de sua declaração no processo de elaboração do texto constitucional.

4.2.1.1 Significado das expressões “guerra como direito soberano” e “uso de poder armado”.

Se a vontade do legislador se encontra viciada, é, talvez, em uma interpretação eminentemente jurídica que o significado do art. 9º possa ser aproximado. Em primeiro lugar uma análise semântica pode ser bastante

¹³² MURATA, Kiyosaki. *Kenpou Kyuujou no Nazo: Makkaasaa w anani wo kangaeiteitaka*, in: **Kenpou no Ronten**, Japan: Nikkeishinbunsha, 2004, p. 178

¹³³ Nas palavras de CANOTILHO, Considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228

¹³⁴ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.22

esclarecedora, delimitando alguns dos conceitos centrais do dispositivo constitucional.

Primeiramente, a expressão “guerra como direito soberano do estado”, presente no caput do art. 9º, evidentemente remete ao conceito de guerra, ao passo que “uso de poder armado” e “ameaça de uso de poder armado” se refere a todo conflito armado que não pode ser chamado de guerra.¹³⁵

A questão relevante aqui é identificar a diferença entre estes conceitos, pois, se seguirmos a máxima de Ulpiano “*Verba cum effectu sunt accipienda*” segundo a qual nenhuma palavra na lei é sem efeito, a lei não possui palavras supérfluas, e devem, portanto identificar situações diferentes e bem definidas.

Uma conceituação sociológica ou política pode definir guerra como o conflito bélico entre estados ou mesmo intra-estados, na forma de conflitos de grupos paramilitares. A definição é juridicamente insuficiente e não diferencia as duas situações anteriormente expostas.¹³⁶

A doutrina mais moderna corresponde a corrente subjetivista, que define a guerra como conflito inter-estatal quando demonstrado o *animus belligerandi*, materializado em uma declaração formal de guerra, em oposição a corrente objetivista segundo a qual o estado de guerra se caracterizaria pela prática de atos de guerra.¹³⁷

Ainda que materialmente a diferença seja pequena, a ausência da declaração como ato formal impede a caracterização de guerra perante o Direito Internacional Público, configurando, no máximo, o que podemos chamar de “guerra de fato”. Havendo, entretanto, declaração, a guerra estaria esta juridicamente constituída.¹³⁸ Nesse sentido a comunidade internacional entende que a China esteve em estado de Guerra com a Alemanha na primeira Guerra Mundial, ainda que sem qualquer conflito armado, da mesma forma como alguns países da América do Sul.

Corroborando a prevalência da corrente subjetivista no Direito Internacional, temos o próprio Tratado de São Francisco, que estabeleceu a paz entre o Japão e

¹³⁵ KASUYA, Susumu. Op.cit., p.24

¹³⁶ KASUYA, Susumu. Op.cit., p.24

¹³⁷ MELLO, Celso. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

¹³⁸ Por outro lado, Kelsen discorda dessa visão, afirmando que a declaração sem a guerra de fato é apenas um estado similar ou análogo ao estado de guerra. KELSEN, Hans. **Principles of International Law**, New York, Rinehart, 1952, p. 26

outras 48 nações, ainda que grande parte desses Estados nunca tenha entrado em conflito armado com o Japão, restringindo-se à declarações formais de guerra.¹³⁹

Logo, “guerra como direito soberano” é aquele conflito com declaração que oficializa o estado de guerra, ao passo que o uso de poder armado seria a situação não formalizada de conflito bélico.

4.2.1.2 Espécies de guerras e conflitos armados considerados “ilegais” pelo Direito Internacional.

Compreendidos tais conceitos podemos, enfim, analisar quais atos podem ser considerados ilegais perante o Direito Internacional, como forma de aplicar o método comparado para definir com precisão quais atos poderiam ser considerados inconstitucionais perante a Constituição Japonesa ou ilegais perante os Tratados Internacionais.

Em primeiro lugar, quando tratamos sobre conflitos armados que não chegam a constituir o estado de guerra, analisamos espécie que se tornou comum especialmente após a Primeira Guerra Mundial.¹⁴⁰

Em face dinâmica nas Relações Internacionais após o conflito, o tratamento dado ao tema sofreu modificações visíveis no Pacto da Liga das Nações, no Pacto Kellogg-Briand e na Carta das Nações Unidas.

O início do art. 11 do Pacto da Liga das Nações, aprovado na Conferência de Versalhes em 1919, estabelece o princípio geral da Liga, segundo o qual:

(...) Fica expressamente declarado que toda guerra ou ameaça de guerra, quer afete diretamente ou não um dos Membros da Liga, interessará à Liga inteira e esta deverá tomar as medidas apropriadas para salvaguardar eficazmente a paz das Nações(...).

Dos artigos 12 a 15 essa regra geral é regulada, e os tipos de guerra a que se refere são definidos. Conforme os referidos dispositivos, qualquer ameaça de guerra ou rompimento de relações deveria ser submetido ao comitê de arbitragem da Liga, restando proibido recorrer à guerra contra o membro que se conformar com a decisão, e, de qualquer forma, estava proibida a guerra antes de expirado o prazo de três meses da publicação da sentença arbitral.

¹³⁹ TABATA, Shigeburo. **Kokusaihoukouggi**, Tokyo, Yushindou, 1959, p. 221

¹⁴⁰ KASUYA, Susumu. Op.cit., p.25

Não apenas restou permitida a guerra dentro dos limites estabelecidos pelo Pacto, como não houve preocupação em deixar claro se as restrições impostas aplicavam-se apenas às guerras declaradas ou a qualquer tipo de uso de força armada.

A dúvida foi, entretanto, solucionada quando da ocupação das Ilhas Corfu pela Itália em 1923, situação na qual não foi reconhecida violação ao art. 12 do Pacto da Liga das Nações em função da ausência de declaração de guerra.¹⁴¹

O Pacto Kellogg-Briand avançou mais um passo na restrição das guerras como meio de resolução de conflitos, de tal forma que sua denominação oficial é Tratado Geral de Renúncia à Guerra. Seus artigos 1º e 2º dispõem que:

Art. 1º - As Altas Partes contratantes declaram solenemente, em nome dos respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e á ela renunciam como instrumento de política nacional nas suas mútuas relações.

Art. 2º - As Alta Partes contratantes reconhecem que o ajuste ou a solução de todas as controvérsias ou conflitos qualquer natureza ou origem, que se suscitem entre elas nunca deverá ser procurado senão por meios pacíficos.

Aqui já não existem mais exceções de natureza temporal que admitem a guerra declarada entre os signatários, ou seja, datas limites semelhantes à condição suspensiva do direito à guerra. Por outro lado, a renúncia à guerra tem pouca abrangência, na medida em que seu uso como instrumento de política nacional em mútuas relações é conceito que deixa um amplo espaço para sua utilização.

A proibição ou não do uso de força sem declaração de guerra não está clara¹⁴², mas mesmo nos casos em que houver a presença do *animus belligerandi*, a sanção prevista, no caso a retirada da condição de signatário, é pouco efetiva.

O passo mais relevante dado no sentido de reconhecimento explícito da proibição não apenas da guerra, mas de qualquer uso de força é a Carta das Nações Unidas. O documento, tanto em seu preâmbulo como no art. 2º não utiliza a expressão “guerra”, mas sim “ameaça ou uso de força”, não deixando qualquer dúvida da amplitude de sua restrição¹⁴³.

¹⁴¹ KASUYA, Susumu. Op.cit., p.26

¹⁴² TABATA acredita que a proibição existe, pois o art. 2º do Pacto proíbe expressamente o uso de meios de solução de conflitos não pacíficos (**Kokusaihoukoug**, Tokyo, Yushindou, 1959, p. 175). Essa visão é fortalecida pela Doutrina Stimson, que pregou o não reconhecimento de modificações forçadas em fronteiras internacionais, motivado pela invasão japonesa na Manchúria em 1931.

¹⁴³ Relevância reconhecida inclusive por Hans Kelsen, Op.cit., p. 29

4.2.1.3 “Guerra”, “uso de poder armado” e “ameaça de uso de poder armado” no caput do art. 9º

Tendo observado que o Direito Internacional reconheceu e consolidou as diferenças entre guerra declarada e uso de força militar sem declaração e, partindo do princípio hermenêutico de que a lei não possui palavras supérfluas, é evidente que a Constituição Japonesa, ao dispor que o povo japonês “... *renúncia eternamente à guerra como direito soberano do estado, e a ameaça ou uso de poder armado...*”, estabeleceu distinção entre ambos os conceitos, de forma a garantir a maior amplitude possível à renúncia aos meios violentos de resolução de conflitos.

Em um cotejo com as leis internacionais, especialmente com a Carta das Nações Unidas, é possível a primeira constatação conclusiva quanto à amplitude das restrições impostas ao direito de beligerância do Estado Japonês. Estão constitucionalmente proibidas as guerras, assim consideradas pelo Direito Internacional como os conflitos nos quais há uma declaração formal que expõe o *animus belligerandi*, bem como as guerras de fato, situações nas quais não há tal declaração.

A proibição de ambas as formas de guerra se torna especialmente relevante em um país que por duas vezes invadiu nações vizinhas sem declaração formal, e, portanto, sem constituição formal do estado de guerra, em 1931 no incidente da Manchúria, e em 1937 quando ocupou a China, escapando, assim, das restrições previstas no Pacto Kellogg-Briand.¹⁴⁴

Um olhar mais atento, entretanto, revela que existe uma ampliação com relação às proibições previstas na Carta da ONU. Tal ampliação se materializa na expressão “ameaça”. A ameaça de uso de força já estava presente no Pacto da Liga das Nações, como situação que interessaria a toda a Liga, mas não figurou nos tratados posteriores como uma restrição ao direito de beligerância.

A ameaça de uso de poder armado trata da situação em que a nação manifesta concretamente a intenção do uso da força.¹⁴⁵ O exemplo nipônico mais característico dessa medida se deu em 1915, quando o Japão enviou à República da China o documento conhecido como “21 Demandas”, uma série de exigências

¹⁴⁴ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.29

¹⁴⁵ KASUYA, Susumu. Op. cit., p.30

que resultou coercitivamente na celebração de tratado bilateral entre as duas nações.

No caso, diante da não aceitação das demandas, o governo japonês reduziu suas exigências, mas deu um ultimato ao governo chinês, estabelecendo prazo de dois dias para que todas as exigências fossem cumpridas, sob pena do uso de todas medidas necessárias para seu cumprimento.

Pela redação atual do art. 9º, até mesmo o uso de ultimato com intenções bélicas, nos moldes das “21 Demandas”, está proibido pela Constituição, ampliando a renúncia à guerra de forma ainda não vista formalmente no Direito Internacional, passando a abranger atos preparatórios ao uso da força, e a mera manifestação da intenção de seu uso. Conclui-se que, mais do que o estado de guerra, a simples “idéia” de guerra resta constitucionalmente limitada.

4.2.1.4 Renúncia à guerra como meio de resolução de conflitos internacionais

Além das restrições vistas até agora, o *caput* do art. 9º acrescenta, ainda, a renúncia à ameaça ou uso de poder armado “*como meio de resolução de conflitos*”.

O primeiro problema na análise de tal prescrição reside em barreiras lingüísticas. Assim como na tradução oficial em inglês¹⁴⁶, tal leitura do artigo não corresponde à mesma leitura feita em japonês, estando eivado de ambigüidade que não se verifica no texto original.

Art. 9º - O povo (...), renuncia eternamente à guerra como direito soberano do estado, e a ameaça ou uso de poder armado como meio de resolução de conflitos.

Uma primeira leitura da tradução apresentada deixa dúvidas quanto à inclusão ou não da renúncia à guerra formal como meio de resolução de conflitos, ou se seria excluída apenas como direito soberano do estado, ao passo que ela está claramente incluída no texto em japonês. Dessa forma, das duas leituras possíveis em português (ou inglês), é importante optar por aquela mais extensiva, que inclua a expressão guerra na restrição, não apenas por uma questão da sistemática

¹⁴⁶ **Article 9.**Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. (2) In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.

constitucional, mas pela própria prevalência da leitura no idioma de origem do artigo.¹⁴⁷

Resolvida essa questão preliminar, cabe agora uma leitura restrita à análise das palavras que compõe o art. 9º. Unidos do instrumental para a compreensão do *caput* como um todo, a principal questão posta sobre o mesmo pode ser enfrentada, qual seja, se a renúncia nele prevista diz respeito apenas às guerras de invasão ou também à legítima defesa.

Para os que acreditam que a guerra como meio de resolução de conflitos internacionais significa a proibição de guerras de defesa, bem como de invasão, prevalecem três argumentos.¹⁴⁸

Primeiramente, todas as guerras entre nações teriam como premissa a resolução de um conflito internacional, dessa forma, a guerra de autodefesa também seria uma forma de resolução desses conflitos.

Além disso, qualquer guerra pode ser denominada como guerra de defesa ou legítima defesa, na medida em que a justificativa de uma guerra de invasão pode ser, por exemplo, a manutenção da soberania de uma nação. Nesse sentido a diferenciação entre os dois tipos de guerra é muito difícil e não seria prudente aceitar uma leitura constitucional tão vaga.

Por fim, se a guerra de defesa fosse reconhecida pelo sistema constitucional, a Constituição apresentaria algum tipo de previsão ou regulação do exército ou qualquer organização militar. Ocorre que a Constituição Japonesa é silente sobre o tema. A única referência indireta, que pode ser inferida *contrario sensu*, é a presença da palavra “civil”¹⁴⁹, em sua conotação oposta à militar, no art. 66¹⁵⁰. Sendo a Constituição o documento que fundamentalmente organiza as funções do Estado, alguns autores vêem como condição absoluta para a manutenção de um exército sua previsão constitucional.¹⁵¹

¹⁴⁷ YOKOTA, Kisaburo. **Sensou no Houki**, Japão: Kokuritsushouin, 1947, p. 57-58.

¹⁴⁸ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.31

¹⁴⁹ Importante destacar que palavra civil (*bunmin* – 文民), como oposta a militar, não existia no idioma japonês, e precisou ser criada por especialistas do Parlamento no período de debates e revisão antes da promulgação da Constituição. KADES, Charles L.; The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution. **Political Science Quarterly**, Vol.104, No. 2 (Summer, 1989), p. 240. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

¹⁵⁰ Art. 66(...)

(2) O Primeiro Ministro e os outros Ministros de Estado devem ser civis.

¹⁵¹ NISHI, Osamu. **Jieiken**, Japão: Editora Gakuyou, 1978, p. 17

Por um lado, o método comparado reforça a idéia, seja no comparativo com a Constituição Meiji, que regulava o tema, seja pela observação da Constituição dos Estados Unidos da América, que também prevê o assunto. A importância dessa última reside no fato de que a Constituição Japonesa, como visto anteriormente, foi idealizada, e em grande parte redigida, pelos Norte-Americanos.

Por outro lado, sustentando argumento no sentido oposto, ou seja, de não reconhecimento da renúncia à guerra de defesa, é forçoso observar que Pacto Kellogg-Briand já trazia a proibição ao “*recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais*” em seu art. 1º, e tal disposição nunca foi interpretada de forma a restringir guerras defensivas.

Inclusive, Charles L. Kades, o principal responsável pela redação e inclusão do art. 9º na Constituição Japonesa afirmou em entrevista que o Pacto de Paris o havia influenciado na tarefa¹⁵², o que reforça a necessidade de interpretar o referido artigo com base no Pacto.

Também no sentido de não reconhecer a proibição à guerra de defesa, pode-se indicar a leitura combinada do art. 9º com o Pacto Kellogg-Briand e a Carta das Nações Unidas. Ainda que a Constituição Japonesa seja posterior à referida Carta, e aparentemente avance ao restringir a mera ameaça de uso do poder armado, não trouxe seu avanço mais relevante, qual seja, a ausência da palavra guerra, o que pode ser visto como uma renúncia às distinções entre guerra e outras formas de violência militar.

Dessa forma, levando em consideração a já mencionada entrevista de Kades, e a dúvida quanto a uma postura mais progressista que a Carta da ONU, o art. 9º parece encontrar fundamento no Pacto de Paris e não na Carta das Nações Unidas. Logo, qualquer interpretação no sentido de não reconhecimento do direito de legítima defesa no *caput* do art. 9º seria muito mais ampla do que as interpretações dadas ao tratado que o fundamenta e inspira, e, nesse sentido, difícil de ser sustentada frente à sistemática que originou o dispositivo.¹⁵³

Além disso, ainda que a debate acerca dos chamados objetivos do *caput* seja amplo, na ocasião da inclusão das modificações propostas por Ashida, aparentemente sua intenção era justamente condicionar as restrições do parágrafo único à guerra como meio de resolução de conflitos. Ashida era especialista em

¹⁵²KADES, C.L. **Kousennken hinin wa muyou datta**. Gendai, *Volume* 15, nº 8, Agosto/1981, p. 68

¹⁵³KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p. 36

Direito Internacional, e provavelmente utilizou dos conhecimentos acerca dos Tratados aqui referidos para criar a possibilidade de manutenção do direito de defesa.

Logo, a interpretação do “legislador formal” também leva à conclusão de que as guerras de autodefesa não se incluem no conceito de guerra como meio de resolução de conflitos e esse é o entendimento adotado no presente trabalho.

4.2.2 Parágrafo Único do Art. 9º

O Parágrafo Único do art. 9º dispõe que:

Para atingir o objetivo do parágrafo precedente, nenhuma espécie de potencial bélico ou força aérea, marítima ou terrestre será mantida. O direito de beligerância do estado não é reconhecido.

Três parecem ser os principais pontos a serem esclarecidos no trecho, quais sejam, “potencial bélico”, “direito de beligerância” e “objetivo do parágrafo precedente”, de forma que se procede para uma análise detalhada de cada um.

4.2.2.1 Potencial bélico

Potencial bélico é uma expressão bastante vaga, sujeita a diversas interpretações, carecendo de uma definição única que encerre um sentido definitivo, motivo pelo qual merece atenção especial para a compreensão das prescrições previstas no art. 9º da Constituição Japonesa.

A própria escolha da expressão mais apropriada na tradução da palavra japonesa “*senryoku*” (戦力) apresenta desafios, na medida em que se verifica a ausência de um equivalente que possua a amplitude necessária para expressar as dificuldades de sua interpretação. No inglês encontramos como equivalente a expressão “*war potential*”, ao passo que em português o mais comum seria poder ou poderio bélico. Entretanto, essas duas expressões no vernáculo parecem carecer da necessária remissão a um poder em potencial, pelo qual o “potencial bélico” foi escolhido.

ITSUNOMIYA define o potencial bélico como a capacidade de “executar” a guerra, sem questionar se é a partir da capacidade humana ou de qualquer outro

meio físico, sem distinguir se essa capacidade é usada para a manutenção da ordem interna ou qualquer outro fim, não importando se esse poder é existente ou latente.¹⁵⁴

Tal definição é, entretanto, muito ampla, e dentro dessa visão poderíamos considerar, por exemplo, aeroportos, portos, instituições de polícia ostensiva e repressiva como elementos constituintes de um potencial bélico¹⁵⁵. Dessa forma, a definição não é comumente aceita, mas não é despida de relevância, na medida em que revela a amplitude que pode ser atribuída ao conceito.

Parece apropriado, portanto, que qualquer definição leve em conta em primeiro lugar o objetivo principal do potencial de guerra, qual seja, a manutenção da ordem externa de um país, em oposição à função da polícia, que é a manutenção da ordem interna. Apesar de ambos possuírem equipamentos que podem ser utilizado para fins bélicos, a forma e a escala de uso diferem fundamentalmente. Evidente que podemos observar a atuação do exército na manutenção da ordem interna, mas isso constitui sempre uma exceção, representando, na grande maioria das vezes, um auxílio em situações excepcionais.

A distinção foi discutida no Comitê de Reforma Constitucional da Câmara dos Lordes em 1946, chegando-se a conclusão aqui apresentada¹⁵⁶ ou seja, de que o que diferencia uma força de polícia de uma força com potencial militar não é apenas o nome, mas critérios relativos quanto à escala do poder mantido em uma determinada época em uma determinada nação

Esclarecida a referida distinção, é possível prosseguir na interpretação do parágrafo único do art. 9º.

É importante atentar, em um segundo momento, para a expressão que antecede o “potencial bélico”, qual seja “*nenhuma espécie*”, em cotejo com a redação original do artigo, que por uma questão da estrutura do idioma japonês não permite uma tradução literal exata.

Na idioma japonês a redação do artigo é invertida, de forma que “*nenhuma espécie de potencial bélico*” é antecedita pela menção à “*força aérea, marinha ou terrestre*”. Não há dúvida de que esta se refere às instituições formais conhecidas

¹⁵⁴ ITSUNOMIYA, Shizuo. **Kenpou Daikyuuujou no Hennsen to Kaishaku**. Japão: Editora Yuushindou, 1969, p. 180

¹⁵⁵ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.42

¹⁵⁶ Sangiinjimushouhen. *Teikokukenpoukaiseishingiroku (Sensouhoukihen)*, Tokyo: Shin Nihon Houki Shuppan, 1952, p. 58 – 62.

marinha, aeronáutica e exército. Apesar de não ficar claro na tradução, a expressão utilizada no idioma original tem uso exclusivo nesse sentido.

Em função dessa inversão, “*nenhuma espécie de potencial bélico*” tem significado e conotação de “*qualquer **outra** espécie de potencial bélico*”. Implica, portanto, em dizer que não apenas a manutenção das instituições formais da marinha, aeronáutica e exército é proibida, mas qualquer tipo de força ou organização que a elas seja equivalente, ou que de alguma forma tenha a manutenção de potencial bélico suficiente para agressão externa, ou, ainda que possa ser convertida a essa função¹⁵⁷. Ou seja, o potencial latente também é proibido.¹⁵⁸

4.2.2.2 *Direito de beligerância*

Duas são as teorias que buscam explicar o significado da expressão “direito de beligerância” na Constituição Japonesa.

Uma considera tal direito como o direito de uma nação de promover a guerra, ao passo que outra corrente interpreta tal expressão como o conjunto de direitos de uma nação na condição de estado beligerante.¹⁵⁹

A primeira corrente tem como principal representante o Professor Yokota Kisaburou. Para ele, a controvérsia é facilmente resolvida pela própria contradição na aceitação da segunda corrente como correta. Ora, se assim o fosse, estaria reconhecido tacitamente o direito do Japão de desencadear uma guerra, mas não seriam reconhecidos os seus direitos como nação beligerante perante o Direito Internacional. É contraditório o reconhecimento de um direito internamente que implique na perda de suas prerrogativas inerentes do mesmo perante as leis internacionais.¹⁶⁰

Os demais teóricos que seguem tal corrente, como KIYOMIYA¹⁶¹ e MINOBE¹⁶² observam, ainda, além da contradição lógica, uma contradição dentro do próprio art. 9º, que, ao proibir guerras expressamente guerras de agressão e, para

¹⁵⁷ À semelhança da organização paramilitar “Juventude Hitlerista” que de 1922 a 1945 preparou jovens com o intuito de agregá-los posteriormente às instituições militares oficiais. KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.45

¹⁵⁸ SATOU, Isao. **Kenpou (Jou)(Poketto Chuushaku Kensho)**. Tokyo: Yuuhikaku, 2001, p. 118.

¹⁵⁹ KASUYA, Susumu. Op.cit. p.50

¹⁶⁰ YOKOTA, Kisaburou. **Sensou no Houki**, Japão: Kokuritsushouin, 1947, p. 60

¹⁶¹ KIYOMIYA, Saburou. **Kenpou Yoron**, Japão: Editora Houbunsha, 1957, p. 54

¹⁶² MINOBE, Tatsukichi. **Nihonkokukennpou Genron**, Japão: Editora Yuuhikaku, 1948, p. 221

alguns, até mesmo de defesa, não poderia reconhecer o implicitamente o direito de promover a guerra.

A segunda corrente foi defendida perante a Comissão de Revisão Constitucional pelo então Ministro Kanamori¹⁶³. Em verdade, a defesa da corrente se deu por via indireta a partir da admissão do mesmo no sentido de não conhecer o significado da expressão, supondo tratar-se do conjunto de direitos que forneçam as garantias mínimas aos civis dos países beligerantes, bem como demais a garantia das condições da chamada guerra justa.

Da mesma forma tal interpretação foi adotada pelo General Kades, redator do artigo, que confessou, entretanto, não ter dado atenção prévia ao significado da expressão, tendo meramente a copiado das notas do General Courtney Whitney.¹⁶⁴¹⁶⁵

No entanto, a interpretação sistemática do texto constitucional faz crer que o não reconhecimento do direito de beligerância deve coincidir com a tese defendida pela primeira corrente, ou seja, é o direito de promover a guerra, podendo, inclusive, levar à adoção de interpretação mais extensa do que guerra como meio de resolução de conflitos vista no ponto 4.2.1.4.

A falta de reflexão do Constituinte na inclusão da renúncia ao direito de beligerância, bem como a forma “brusca” e direta como a expressão “*O direito de beligerância do estado não é reconhecido*” parece destituí-la do poder de levar a uma interpretação que reconheça a limitação às guerras de defesa no art. 9º¹⁶⁶.

Entretanto, em interpretação minoritária que defende a possibilidade de inclusão da renúncia à guerra de defesa a partir do não reconhecimento do direito de beligerância é apresentada por KASUYA, para o qual sua inclusão não pode se tratar de mera repetição das proibições já consolidadas, mas sim de um acréscimo à remissão do início do parágrafo único, ao chamado objetivo do *caput*, que seria atingido a partir da não manutenção do potencial bélico.¹⁶⁷ É, portanto, essencial

¹⁶³ Sangiinjimushouhen. *Teikokukenpoukaiseishingiroku (Sensouhoukihen)*, Tokyo: Shin Nihon Houki Shuppan, 1952, p. 73

¹⁶⁴ KADES, C.L. **Kousennken wa muyou datta**. Gendai, Volume 15, nº 8, Agosto/1981, p. 71

¹⁶⁵ O General Courtney Whitney comandou a Seção de Governo do Quartel General da Ocupação, uma seção especial com a função, dentre outras, de aconselhar o SCAP com relação às políticas concernentes à estrutura de governo do Japão. KADES, Charles L.; *The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution. Political Science Quarterly*, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 219. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

¹⁶⁶ YOKOTA, Kisaburou. Op.cit, p. 62-63

¹⁶⁷ KASUYA, Susumu. Op.cit, p.56

que o que dispõe o parágrafo único parta das condições impostas pelo *caput*, e utilize este como premissa, o que impõe discussão mais detalhada sobre quais seriam seus objetivos.

4.2.2.3 “Objetivos do parágrafo precedente”

A referida expressão foi acrescida em 1946 na Reforma Ashida, já mencionada no ponto 4.2.1, cuja motivação foi explicitada pelo próprio Ashida na reunião do Comitê de Investigação da Reforma Constitucional da Câmara dos Representantes, qual seja, deixar clara a assunção pelo povo japonês, com entusiasmo, de uma postura vanguardista no sentido de promoção da paz mundial e desmilitarização.¹⁶⁸

Dessa forma, politicamente, “objetivos do parágrafo precedente” devem ser entendidos como aqueles contidos na expressão “aspirando sinceramente por uma paz internacional baseada na ordem e na justiça”.¹⁶⁹

Entretanto, como visto anteriormente, Ashida modificou sua opinião, não por coincidência, após o Pacto de Segurança com os Estados Unidos e à criação das Forças de Autodefesa, e no que tange a esse tema em específico, declarou ao *Mainichi Shinbun* em 1951 que o objetivo a que se refere o parágrafo único é a vedação ao uso da guerra como política de Estado e como forma de resolução de conflitos internacionais¹⁷⁰, que, como já foi demonstrado, são idéias que excluem a proibição ao direito de defesa.

Em 1957, na Sétima Reunião Unificada dos Comitês de Investigação Constitucional, alegou que o esboço original do artigo, feito pelo Quartel General da Ocupação, apresentava renúncia incondicional do Japão a manutenção de qualquer poderio bélico, e a situação da época não era propícia para a apresentação de emenda que acrescentasse exceções à restrição, de tal forma que a inclusão da expressão “objetivos do parágrafo precedente” teria sido incluída justamente para posteriormente permitir discussão e interpretação que descartasse a renúncia incondicional às guerras de defesa.¹⁷¹

¹⁶⁸ TANAKA, Hideo. Op.cit., p.106

¹⁶⁹ KASUYA, Susumu. Op.cit., p.58

¹⁷⁰ *Mainichi Shinbun*, 14/01/1951

¹⁷¹ Kenpou chousakai hen. *Kenpou chousakai dainanakaisoukaigi jiroku*, Tokyo: Ookurashou Insatsukyoku, 1958, p. 90-91.

O General Kades sustentou, em entrevista, a possibilidade real dessa intenção oculta de Ashida, apesar de que na época acreditava que a reforma tinha por objetivo permitir que o Japão pudesse, posteriormente, atuar nas Forças de Manutenção da paz da ONU, ou institucionalizar uma força de polícia de autodefesa, o que seria impossível com restrições na escala pretendida pelo esboço inicial do artigo.¹⁷² Sabia, portanto, que Ashida havia codificado o direito de auto preservação de maneira obscura, para que fosse clarificada posteriormente.

Para Kades o direito de autodefesa era natural de qualquer Estado soberano. Atuou, inclusive, ativamente na defesa desse direito. A redação inicial do art. 9º apresentada no início do Capítulo, e modificada pela Reforma Ashida, já era versão modificada por Kades a partir da proposta inicial do General Douglas McArthur, da qual se lia:

Art. 9º O direito soberano da nação à guerra é abolido. O Japão renuncia a esse direito como instrumento para a resolução de disputas e até mesmo para preservação de sua própria segurança.

Kades, acreditando que tal dispositivo era irreal, modificou sua redação, de forma a suprimir a renúncia ao direito de uso da guerra para preservação da própria segurança, ainda que contra a vontade do General Whitney, mas restou, ao fim, legitimado pela própria concordância de McArthur.¹⁷³

Em suma, fica claro que Kades nunca pretendeu incluir a renúncia ao direito de autodefesa. Admitiu, entretanto, a obscuridade do art. 9º nesse sentido, não só porque a soberania das emendas propostas pelo Poder Legislativo não deveria ser desafiada, como também entendia que a imagem inicial de exclusão das guerras de defesa melhoraria a imagem do Japão perante a comunidade internacional.¹⁷⁴

Entretanto, isso não explica satisfatoriamente a contradição entre os discursos de Ashida em 1946 e 1957. Segundo YASUZAWA¹⁷⁵, parece improvável que uma modificação dessa relevância fosse incluída na Constituição por meio de artil, em plena Ocupação, no período de purga dos oficiais, e ainda contra as

¹⁷² KADES, C.L. **Kousennken hinin wa muyou datta**. Gendai, *Volume* 15, nº 8, Agosto/1981, p. 70

¹⁷³ KADES, Charles L.; *The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution*. **Political Science Quarterly**, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 236. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 237

¹⁷⁵ YASUZAWA, Kiichirou. **Kisou oyobi seitei no jijitsu ni rikkyakushita kenpoudaikyuujou no kaishaku**. Japão: Editora Seibundou, 1981, p. 109-110

recomendações expressas do General McArthur, à época Comandante Supremo do SCAP.

Das contradições políticas no que tange ao significado da expressão “objetivos do parágrafo precedente” não é possível chegar a qualquer resultado conclusivo, resta, portanto, analisar as teorias dos constitucionalistas japoneses, que se dividem em 3 correntes.

Para a primeira, representada pelo Professor YASUZAWA, o objetivo do *caput* do art. 9º é a renúncia às guerras de invasão, materializada na renúncia à guerra como meio de resolução de conflitos. Como já foi explanado, isso significa reconhecer tal renúncia como não extensiva ao direito de autodefesa, representando, portanto, renúncia condicionada. Em outras palavras, o referido objetivo é a renúncia às guerras de invasão.

Nesse sentido, o conteúdo da segunda parte do artigo deveria coincidir com a primeira, e se esta não reconhece a renúncia ao direito de autodefesa, também não o faz aquela.¹⁷⁶

Tal teoria esbarra, contudo, no problema de que guerras de invasão podem ser deflagradas sob o argumento de autodefesa. Dessa forma, seria inócua a proibição formal às guerras de invasão se materialmente fosse permitida a manutenção de poderio bélico suficiente para a invasão defensiva.

Para o reconhecimento da renúncia às guerras de invasão como objetivo do *caput* é mais apropriado que essa seja subsumida não da proibição ao seu uso como meio de resolução de conflitos, mas sim na proibição de ações militares ofensivas em geral.¹⁷⁷

A segunda corrente vê como objetivo do *caput* suas palavras iniciais, quais sejam “*O povo japonês, aspirando sinceramente por uma paz internacional baseada na ordem e na justiça*”. Essa tese segue as intenções declaradas inicialmente em 1946 pelo Primeiro Ministro Ashida, e é defendida pelos Professores YOKOTA e SATOU.

Chega-se aqui a tal conclusão pela própria lógica. Se no esboço original do artigo não estavam escritas as palavras iniciais a que aqui se refere, e também não estava presente a referência aos “objetivos do parágrafo precedente”, a inclusão

¹⁷⁶ YASUZAWA, Kiichirou. Op.cit., p. 162-163

¹⁷⁷ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.66

simultânea de ambas só pode indicar de que estes se referem àquelas palavras acrescentadas ao *caput*.¹⁷⁸¹⁷⁹

Ocorre que o objetivo defendido por essa corrente é muito vago. De sua leitura não fica clara a adoção pela renúncia ou não ao direito de autodefesa.

Por fim, a terceira corrente entende que o objetivo do *caput* se depreende de sua totalidade. Essa interpretação é defendida pelos professores TAKANO¹⁸⁰ e SUZUKI¹⁸¹, segundo os quais a aspiração a paz internacional baseada na ordem e na justiça pressupõe a renúncia à guerra, ao uso de poder armado, à ameaça do uso de poder armado e ao uso destes como meio de resolução de conflitos.

Essa é a interpretação mais ampla possível, que considera *caput* e parágrafo único combinadamente para o reconhecimento da renúncia à qualquer tipo de guerra, inclusive de autodefesa.

Vistas de forma geral, mas não exaustiva, das interpretações possíveis do art. 9º observa-se que o único consenso parece ser no sentido de que o *caput* proíbe, no mínimo, as guerras de invasão, e o parágrafo único proíbe a manutenção de potencial bélico que possibilite essa espécie de confronto, independentemente do que se define como objetivo do *caput*.

Essa seria a interpretação mais conservadora, e ao longo dos anos tem sido adotada pelo Poder Executivo e pelos Tribunais Superiores, como será visto adiante. Entretanto, também fica claro que outras interpretações são possíveis, seja pelos métodos de hermenêutica jurídica empregados, seja pelos ideais ou interesses que pautem a atividade interpretativa.

4.3 Síntese

Em síntese do que foi exposto até agora, temos a seguinte conclusão.

A interpretação do art. 9º pressupõe uma visão sistemática que envolve não só o ordenamento constitucional, mas o histórico de tratados internacionais que em alguma medida pregam ou pregaram a renúncia à guerra.

¹⁷⁸ YOKOTA, Kisaburou. **Sensou no Houki**, Japão: Kokuritsushouin, 1947, p. 80

¹⁷⁹ SATOU, Isao. *Nihonkokukenpougaisetsu*. Japão: Editora Gakuyoushobou, 1996, p. 77

¹⁸⁰ TAKANO, Yuuichi. *Kenpoudaikyuuujou – Kokusaihouteki ni Mita Sensouhoukijoukou*. Japão: Yuuhikaku, 1964, p. 154

¹⁸¹ SUZUKI, Yasuzou. *Kenpougakugenron*. Japão: Editora Keisoshobou, 1956, p. 77

Constitucionalmente são relevantes nessa atividade hermenêutica, de forma direta, apenas o preâmbulo e o próprio art. 9º. Indiretamente, é importante destacar a ausência de qualquer previsão constitucional de forças armadas, e a própria ausência da expressão “militar”, excluindo-se a menção *contrario sensu* no art. 66 que usa a palavra civil, em seu sentido oposto a militar.

No âmbito do Direito Internacional, contribuem na interpretação da Constituição Japonesa o Pacto da Liga das Nações, o Pacto Kellogg-Briand e a Carta da ONU. Dos três tratados, o Pacto Kellogg-Briand foi o que influenciou de forma mais decisiva a redação do art. 9º, ao passo que este apresenta avanços e retrocessos com relação à Carta da ONU. Na prática, servem como *standard* hermenêutico, limitando interpretações mais extensas do que aquelas a que eles podem ser aplicadas, na medida em que foram expressamente mencionados pelos redatores do art. 9º como fonte das idéias nele presentes.

Quanto ao que dispõe o art. 9º em si, em um primeiro momento as alterações realizadas na Reforma Ashida, cotejadas com as declarações do parlamentar em 1946 levaram a crer que a renúncia a guerra presente no dispositivo abrangia guerras de invasão e de defesa.

Declarações posteriores colocam em dúvida essa interpretação. A Reforma que em um primeiro momento era ampliativa da extensão da renúncia passou a ser vista como criadora da brecha definitiva para exclusão das guerras de defesa da limitação constitucional. Consenso maior parece levar à conclusão de que o *caput* do art. 9º, pela análise de seus termos em separado bem como em conjunto, proíbe apenas guerras de invasão.

Importante ressaltar que a guerra aqui descrita deve ser entendida como o estado de guerra formal bem como as guerras de fato, assim como a mera ameaça de utilização desse meio na resolução de conflitos.

Quanto ao parágrafo único, o ponto principal a ser observado é se possui ou não o condão de ampliar a renúncia à guerra às guerras de defesa. A não manutenção de potencial bélico, por si só não leva a tal conclusão, proibindo apenas manter potencial suficiente para ofensiva militar contra outras nações.

Pelas modificações da reforma Ashida essa ausência de potencial bélico deve servir para atingir os objetivos do *caput*. Tal situação pode ser interpretada tanto como reforço da proibição das guerras de invasão como extensão da renúncia à guerra às guerras de defesa. Em última instância essa não parece ter sido a

intenção dos redatores do art. 9º, mas esteve expressamente presente no primeiro esboço do General MacArthur. No entanto, por sua concordância com as alterações feitas, sua posição inicial tem pouca força para modificar a idéia já consolidada de proibição apenas as guerras de invasão.

Em suma, nos parece que a interpretação mais apropriada do dispositivo é aquela que considera a renúncia à guerra como renúncia a qualquer tipo de ato ou intenção ou manutenção de potencial bélico no sentido da promoção de guerras de invasão.

5 CONTROVÉRSIA EM TORNO DA COMPATIBILIDADE DAS FORÇAS DE AUTODEFESA E A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL VISTA A PARTIR DO ART. 9º

5.1 HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DAS FORÇAS DE AUTODEFESA

O presente capítulo pretende aplicar as reflexões e conclusões acerca da interpretação do art. 9º apresentadas até agora no caso concreto das Forças de Autodefesa do Japão.

Não há dúvidas de que, a época de sua promulgação, o art. 9º da Constituição era interpretado como renúncia a guerras de agressão e também de autodefesa, bem como a manutenção de qualquer potencial de guerra.

Entretanto, com a passagem da Guerra Fria na Ásia para a chamada “guerra quente”, desencadeada entre as Coreias, a política americana sofreu uma grande mudança, demandando a re-militarização do Japão.

Em 1950 a Polícia Nacional de Reserva foi criada em resposta ao cenário político crítico desencadeado na Ásia. Sua função se restringia às mesmas funções da polícia comum, mas a posse de armamento pesado como fuzis e bazucas revelava que sua força superava em muito o mero poder de policiamento, que pressupõe aparato para defesa dos cidadãos e não armamento para confronto com veículos blindados.

Em 1952 a Polícia Nacional de Reserva se tornou Força de Segurança Nacional, juntamente com a criação da Guarda Marítima. Em 1954 foram criadas as Forças de Autodefesa, o *Jieitai*, com a função de proteção do Japão contra invasões diretas e indiretas, nos termos do art. 3º da Lei de sua lei reguladora.

Os membros do *Jieitai* são considerados civis, não se submetendo a qualquer legislação penal especial nem à jurisdição de tribunais militares. O órgão se encontra sobre estrito controle civil, materializado na necessidade de aprovação da Dieta para definição de seu efetivo, para a elaboração de seu orçamento e demais decisões organizacionais. O Comando das forças é exercido pelo Primeiro Ministro (art. 7º da lei), cuja autoridade é delegada ao Ministério da Defesa.

A rápida passagem de uma Polícia Nacional para Força de Autodefesa foi possível a partir da apropriação, por parte do governo, dos argumentos apresentados no item 4.2.2.1, senão vejamos.

No dia 25 de fevereiro de 1952 o Departamento de Legislação do Gabinete apresentou sua interpretação oficial acerca do chamado potencial de guerra, que pode ser resumida da seguinte forma.

O parágrafo primeiro do art. 9º proíbe a manutenção de potencial de guerra, ou seja, com relação àquilo cujo uso pode ser útil em guerras de invasão ou que venha a configurar o uso da guerra como meio de resolução de conflitos. Logo, não proíbe a autodefesa.

Ainda, esse potencial de guerra é caracterizado pela extensão qualitativa e quantitativa de seus equipamentos com base nas necessidades das guerras modernas, o que deve ser avaliado de forma concreta nas condições específicas de cada nação. Dessa forma, todo aparato cuja extensão se preste eminentemente para proteção contra uma invasão direta não é inconstitucional.¹⁸²

Nesse sentido, tanto as Forças de Segurança Nacional como a Polícia Nacional de Reserva não configurariam potencial de guerra pela extensão de seu aparato de operações. A própria lei que regulava ambas (Lei de Preservação da Paz de 1952), ao estabelecer seus limites de atuação em seu art. 4º determinava que sua atuação deveria se restringir a proteção de vidas humanas e do patrimônio público e privado.¹⁸³

Essa interpretação é criticada por SATOU e KASUYA por sua fragilidade.¹⁸⁴ A relatividade no tempo e espaço para definir o potencial bélico pode levar, nos tempos atuais, à conclusão de que são eficiente nas guerras de invasão apenas armas nucleares, e nesse sentido todo o resto seria permitido pela Constituição. Da mesma forma fica a impressão de que, pelo simples fato de ser formalmente uma força policial, as regras do potencial de guerra não se aplicariam as Forças de Segurança Nacional.

Em 1955, tentou-se migrar da constitucionalidade interpretada das Forças de Autodefesa para uma explícita constitucionalização do órgão, o que teve como impulsão inicial a criação do conservador Partido Liberal Democrata. À época, o próprio partido reconhecia a possibilidade da interpretação no sentido da inconstitucionalidade das Forças de Autodefesa, de forma que propôs reforma da Constituição, com mudanças polêmicas como a Lei do Estado de Defesa, que

¹⁸² KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.47

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ SATOU, Isao. **Kenpou Kaishaku no Shomondai**, Japão: Yuuhikaku, 1953, p.88

permitia a supressão de Direitos Fundamentais e a tentativa de constitucionalizar o *Jieitai*.

A reação da população nas eleições de 1958 revelou, entretanto, que o momento não era propício para a modificação. O Partido Socialista passou a ocupar 1/3 da Casa dos Representativos e, diante da óbvia discordância popular, o projeto de reforma constitucional foi arquivado, e as Forças de Autodefesa se mantiveram no limbo entre sua inconstitucionalidade, sustentada especialmente pela esquerda japonesa, e sua constitucionalidade, defendida pela ala conservadora do governo.

A seguir será analisada de forma mais detalhada a repercussão da criação das Forças de Autodefesa no debate Constitucional travado até hoje no Japão.

5.2 DEBATES TRAVADOS NO PODER EXECUTIVO

Como visto no Capítulo 4, interpretação predominante do conceito potencial de bélico (戦力) no início de década de 50 é aquela segundo a qual o termo representa qualquer tipo de equipamento ou composição útil na execução de guerras modernas. No ano de 1952 tal definição foi formalmente incorporada pelo governo como forma de garantir a adequação da recém criada Força de Segurança Nacional ao art. 9º da Constituição Japonesa.

Ainda que tenhamos observado a prevalência da interpretação segundo à qual o art. 9º garante o direito de defesa ao Japão, a mera incorporação dessas interpretações não era suficiente para garantir a estabilidade pretendida pelo Gabinete na ampliação das instituições de defesa. O Poder Executivo iniciou, então, a busca de meios para resolver as controvérsias constitucionais e garantir o pleno desenvolvimento do *Jieitai*.

A Comissão de Investigação Constitucional criada pelo Gabinete em 1957 e extinta em 1964 apresentou, em suas conclusões, opinião predominante no sentido de que, independente de qualquer mudança na redação do art. 9º, as Forças de Autodefesa seriam constitucionais mesmo quando confrontadas com o texto constitucional em vigor.¹⁸⁵ As opiniões divergiram, entretanto, quanto a necessidade ou não de emenda do texto Constitucional.

¹⁸⁵ WARD, E. Robert. The Commission on The Constitution and Prospects for Constitutional Changes in Japan, **The Journal of Asian Studies**, Vol. 24, No. 03, May, 1965, p. 412. Disponível na internet :<http://www.jstor.org/stable/2050343>. Acesso em: 13/06/2011 às 10:11.

Para a corrente minoritária, bastava que a constitucionalidade pudesse ser derivada da simples interpretação, sendo, portanto, desnecessário o desgaste de um processo de revisão constitucional.

Teve prevalência, entretanto, a visão de que obscuridade do texto dividia o entendimento e o apoio popular às Forças de Autodefesa, fomentando, ainda, a controvérsia nos meios acadêmicos. Recomendaram, portanto, a modificação do art. 9º para sua clarificação, com a manutenção, no entanto, de seus dois princípios fundamentais, quais sejam, o pacifismo e o abandono do uso da força como instrumento de política nacional¹⁸⁶, este último que, como visto anteriormente, é a peça chave da interpretação que garante a renúncia às guerras de agressão com a manutenção do direito de defesa.

A mudança, entretanto, nunca foi levada adiante devido aos desafios políticos e jurídicos enfrentados pela Comissão.

Em primeiro lugar, suas conclusões eram demasiadamente difusas e complexas, e, ao adotar a natureza de “compromisso” careciam de qualquer força vinculante quando apresentadas à Dieta Nacional¹⁸⁷. Fragilizada nesse sentido, a Comissão enfrentava, ainda, o problema proposto pelo art. 96 da Constituição, que dispunha:

Art. 96 - Qualquer emenda a essa Constituição deverá ser iniciada na Dieta, através do voto de 2/3 da totalidade dos membros de cada Casa, e deverá, então, ser submetida ao povo para ratificação, que requererá o voto afirmativo da maioria de todos os votos, em referendo especial ou outra forma de votação que deverá ser especificada pela Dieta. Emendas assim aprovadas deverão ser imediatamente promulgadas pelo Imperador em nome do povo, como parte integrante da Constituição.

De pronto se observa que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, dependente, portanto, de atividade legislativa da Dieta para a regulação do procedimento do referendo especial de aprovação popular. Tal procedimento só veio a ser regulado tardiamente em 2007.

Também fica claro que não foi prevista qualquer participação do Gabinete na propositura de emendas, o que se torna um óbice na execução de qualquer das medidas previstas em documento elaborado por Comissão Especial do Poder Executivo.

¹⁸⁶ WARD, E. Robert. *Op.cit.*, p.. 413

¹⁸⁷ WARD, E. Robert. *Op.cit.*, p. 414

Por outro lado, numa perspectiva política, obter a concordância de uma maioria de 2/3 em ambas as casas com relação a tema tão polêmico não estava ao alcance de qualquer partido à época. Obtida, entretanto, a aprovação do projeto de emenda, seria necessária a aprovação da população, que em diversas situações se mostrou satisfeita com a nova Constituição e contrária a modificações no art. 9º¹⁸⁸, inclusive no já mencionado resultado das eleições de 1958.

Sem obter as modificações desejadas na década de 60, o Departamento Legislativo do Gabinete uniformizou novamente sua interpretação oficial no ano de 1972, que passou a considerar “potencial de guerra” como tudo o que supera o mínimo necessário para a autodefesa do país, e, nessa medida, tudo abaixo desse mínimo não seria proibido, sendo, portanto, mais explícito no reconhecimento do direito de defesa.

Na época em que essa interpretação foi adotada, as atividades do *Jieitai* se restringiam a proteção do Japão contra guerras de agressão, sem admitir a participação e cooperação em alianças e operações de guerra visando a chamada “defesa coletiva” e o envio de tropas ao exterior. O debate travado entre a possibilidade de defesa individual ou coletiva foi sempre obscurecido pelo próprio debate em torno da existência ou não do direito de defesa.

Até a Guerra do Golfo em 1991 o governo manteve a postura de admissão apenas do direito de defesa individual, sem reconhecer a legítima defesa coletiva (aquela em que um país utiliza poder armado na defesa de outra nação) presente no art. 51 da Carta da ONU.

Ocorre que, após a Guerra do Golfo, foi criada uma divisão de tropas das Forças de Autodefesa com o escopo de atuação além das fronteiras japonesas, nas Operações de Manutenção da Paz da ONU. Seguindo a nova política, em 1997 o governo emitiu novo parecer, dessa vez ampliando o reconhecimento do direito de defesa à chamada “defesa coletiva”, possibilitando o uso de força na defesa de outros Estados.

Durante sete anos não houve qualquer mudança significativa nos debates de revisão constitucional e constitucionalidade das Forças de Autodefesa. Entretanto, em 2005, o Partido Liberal Democrata, liderado pelo então Primeiro Ministro

¹⁸⁸ WARD, E. Robert. *Op.cit.*, p. 420

Junichiro Koizumi, apresentou projeto de Emenda Constitucional em comemoração aos 50 anos do Partido.

Apesar de apresentar algumas inovações menos polêmicas, como a inclusão de novos direitos humanos, notadamente os direitos fundamentais de terceira geração, a proposta previa também modificações no art. 9º, com a substituição, no parágrafo primeiro, da proibição de “*força aérea, marítima ou terrestre*” pela permissão da manutenção de um Exército de Autodefesa, bem como com a inclusão de uma breve descrição dos seus limites de atuação, colocados sob reserva de lei.¹⁸⁹

Importante deixar claro que a redação do projeto substitui o termo “Força” por “Exército”, modificando, inclusive, a organização judiciária com a inclusão de uma Justiça Militar.

Apesar da repercussão, e da forte oposição dos Partidos de esquerda, bem como de ONGs, à época não existia legislação regulando o processo de aprovação das emendas, o qual só veio a ser promulgado em 2007, com um período de vacância, entretanto, de 2 anos, passando a vigorar apenas a partir de 2010, época em que os debates em torno da revisão encontraram pouco espaço diante da crise econômica que concentrou os esforços dos parlamentares.

As discussões persistem no presente, e com as recentes alterações legislativas podem tomar um novo rumo no sentido de efetivação da Reforma Constitucional, no entanto, os esforços do governo tem focado na remoção de bases militares americanas do território japonês, notadamente a Base dos Fuzileiros Navais em Futenma. Tais esforços podem, por outro lado, representar a tentativa de legitimar a efetiva remilitarização do país.

5.3 ESTUDO DE CASOS

5.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade da Polícia Nacional de Reserva

Após mais de sessenta anos da promulgação da atual Constituição Japonesa, período no qual as discussões em torno do art. 9º se deram

¹⁸⁹ O projeto pode ser visualizado na íntegra em: <http://www.kenpoukaigi.gr.jp/seitoutou/051028jimin-sinkenpousouan.pdf>

ininterruptamente em bancos acadêmicos e nas tribunas das Casas Legislativas, poucos são os exemplos de que contestação perante o Judiciário da Constitucionalidade das Forças de Autodefesa com base no art. 9º.

Por seu lado, os enfrentamentos dos Tribunais são pouco satisfatórios, com soluções em geral processuais, ou, quando materiais, ligadas a questões indiretas ao tema.

O primeiro questionamento do tema se deu em 1952, quando foi proposta a primeira ação contra o processo de remilitarização do país. Tratou-se de espécie de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Polícia Nacional de Reserva. No caso, a constitucionalidade da recém criada Força foi questionada diretamente na Suprema Corte. O pedido foi proposto pelo Partido Socialista Japonês, e teve por objetivo a declaração de invalidade de todos os atos administrativos relacionados à Polícia Nacional de Reserva.

O controle de constitucionalidade judicial ainda não havia sido provocado no Japão, tendo em vista não só o pouco decurso de tempo decorrido desde a promulgação do texto constitucional, mas especialmente em face do fim recente da Ocupação Aliada, que se deu apenas em 1951, período não muito propício para a discussão do principal instrumento político da reestruturação do Japão.

O argumento em defesa do cabimento do controle concentrado de constitucionalidade teve como base o art. 81 da Constituição¹⁹⁰, partindo-se da premissa de que o mesmo, estabelecendo explicitamente a Suprema Corte como última instância de julgamento no controle incidental de Constitucionalidade, seria logicamente primeira e única instância no controle abstrato de atos sob sua jurisdição.

A Suprema Corte não conheceu da Ação, por unanimidade, sob o argumento de que a Suprema Corte só poderia emitir decisões em casos concretos, não cabendo o controle abstrato de leis e atos administrativos.¹⁹¹

É importante ressaltar que a doutrina majoritária entende ser possível o modelo germânico de controle abstrato de constitucionalidade, e em 1948 a própria

¹⁹⁰ Art. 81 – A Suprema corte é a última instância com o poder de determinar a constitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamento ou ato oficial.

1. ¹⁹¹ 日本の裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下す権限はない。
2. 警察予備隊に係る一切の無効確認を求める訴えは不適法で却下すべきである。
(日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件; 昭和 27 年(マ)第 23 号; 民集 6 卷 9 号 783 頁)

Suprema Corte havia reconhecido tal possibilidade no caso *Komatsu*, de tal sorte que a decisão em 1952 representou um retrocesso da Corte. Tal interpretação prevaleceu, e, ainda que hoje se reconheça a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso de leis e atos normativos, a declaração de inconstitucionalidade só foi declarada em oito casos.

5.3.2 Inconstitucionalidade Incidental no Caso Eniwa

O art. 9º só foi questionado novamente em 1967, quando houve novo julgamento representativo da questão no chamado Caso Eniwa.

A demanda versava sobre a instalação de campo de treinamento do *Jieitai* nas redondezas da cidade de Eniwa. Alegou-se que o som dos tiros reduzia a produtividade de leite das vacas em uma fazenda nas proximidades do campo de treinamento, em face do stress imposto sobre os animais, de forma que foi proposto acordo no qual as Forças de Autodefesa se comprometeriam a entrar em contato diretamente com os camponeses para informá-los do início da prática de tiro.

Em dezembro de 1962, ignorando o acordo, dois irmãos proprietários de terra da região cortaram as linhas de comunicação da base, como manifestação contra a medida inócua proposta pelas autoridades, sendo processados nos termos do art. 121 da Lei do *Jieitai*, segundo o qual:

Art.121 – Aquele que causar dano ou destruir qualquer propriedade, arma, munição, aeronave ou outro instrumento de defesa ou equivalente das Forças de Auto Defesa será punido com a pena máxima de 5 anos e multa de até cinqüenta mil ienes.

Em sua defesa os dois irmãos alegaram que a expressão “outro instrumento de defesa ou equivalente” não se aplica às linhas de comunicação, e incidentalmente, pediram pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do *Jieitai* por violação do art. 9º da Constituição, com base na proibição da manutenção de potencial de guerra, de maneira que a lei que tipificou como crime seus atos seria também inconstitucional.

Os irmãos foram absolvidos em primeira instância. No que tange à questão referente ao art. 9º, foram aplicadas as chamadas "Ashwander Rules"¹⁹², um grupo de princípios articulados pelo Juiz Brandeis, da Suprema Corte dos Estados Unidos, para evitar seu enfrentamento.¹⁹³

Os irmãos apelaram da decisão, buscando também reconhecimento da inconstitucionalidade suscitada, mas o recurso não foi recebido por falta de interesse de agir, tendo em vista que o conflito jurisdicional principal já estaria resolvido com a absolvição dos denunciados. Não houve novos inconformismos com a decisão, que transitou em julgado sem posteriores questionamento.

5.3.4 Inconstitucionalidade do Tratado de Segurança entre Japão e Estados Unidos no Caso Sunagawa

As mudanças no cenário político após o início da Guerra da Coréia levaram os Estados Unidos a acelerar o processo de elaboração de um tratado de paz com o Japão. Em setembro de 1951 os dois países celebraram tratado bilateral garantindo aos EUA a utilização do território japonês para estabelecer uma presença militar no Oriente, proibindo o Japão de fazer qualquer concessão do gênero a outros países enquanto durasse o acordo. Também foi definido, na ocasião, que posteriores tratados de paz seriam celebrados pelo Japão apenas com países alinhados ao "Ocidente".¹⁹⁴

Na mesma ocasião foi celebrado o Tratado de São Francisco, dos quais 48 dos 52 países presentes foram signatários¹⁹⁵. O tratado versou sobre os ativos financeiros japoneses no exterior, que seriam objeto de confisco, e determinou que a compensação aos países Aliados seria convertida no pagamento de £4,500,000 à Cruz Vermelha, permitindo apenas o pagamento de indenização aos países diretamente ocupados pelo Japão.

¹⁹² No caso, os princípios aplicados são aqueles definidos pelo Justice Brandeis que impedem a antecipação de decisões constitucionais quando sua análise não é fundamental na resolução do caso concreto, especialmente quando o caso pode ser resolvido com base em outros argumentos apresentados. (Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297 US 288,346 (1935))

¹⁹³ 札幌地判昭 29・3・29 (Corte Regional de Sapporo, Shouwa 29 – 3 – 29)

¹⁹⁴ KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukenu**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 42

¹⁹⁵ Diversas nações asiáticas invadidas pelo Japão na Segunda Guerra se recusaram a participar em função da pressão americana que impediu a cobrança das indenizações desejadas em face do governo japonês. Dos países presentes, a União Soviética, Polônia e Tchecoslováquia recusaram a ratificação.

Com a celebração do tratado o Japão recuperou sua independência em 28 de abril de 1952, marcando o fim da Ocupação Aliada.

Com o fim da Ocupação, as tropas americanas em Okinawa passaram a formar um conjunto de tropas estacionárias definitivas em território Japonês. Sua função não era, entretanto, a defesa do Japão, mas a manutenção da paz e segurança no Leste. O próprio preâmbulo do tratado bilateral afirmava que o Japão se responsabilizaria pela própria defesa.¹⁹⁶

Essa disposição fortaleceu a convicção do governo para a manutenção e desenvolvimento das Forças de Autodefesa, pois representava permissão expressa para interpretação do art. 9º em seu sentido menos restritivo, no qual a proibição do direito de autodefesa não é reconhecida.¹⁹⁷

Nada obstante, ambos os países celebraram no mesmo ano um Pacto de Segurança Mútua (MSA 協定) para garantir o rearmamento do Japão, a partir do qual o exército americano ofereceria ajuda no fortalecimento das defesas do país a partir do fornecimento de equipamentos usados.

Nesse processo de remilitarização o Japão autorizou os EUA, em 1952, a manter bases militares no Japão por tempo indeterminado. As desigualdades no Pacto entre os dois países, especialmente a ausência de limites nas concessões feitas aos EUA, levaram à sua revisão em 1960.

A reforma do Pacto em 1960, que deu origem ao Tratado de Segurança Mútua entre Japão e os Estados Unidos, visou extinguir a unilateralidade da responsabilidade japonesa pela defesa de seu território, procurando dotar o acordo de caráter verdadeiramente mútuo. Nesse sentido, a assistência financeira e de material bélico americana foi suspensa, mas ambos os países se comprometeram a se defender mutuamente. Representou verdadeira aliança militar entre os dois países.

O Tratado enfrentou resistência das associações de esquerda japonesas, em especial sindicatos, grupos estudantis, intelectuais e do Partido Socialista, que tentou boicotar a votação do tratado na Dieta, impedindo a entrada dos membros do Partido Liberal Democrata.

¹⁹⁶ KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukempou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006, p. 43

¹⁹⁷ KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986, p.2

O ponto central do debate foi a especificação dos serviços e locais a serem utilizados pelas forças armadas americanas em território japonês, especialmente Okinawa, que tem 1/5 de sua extensão ocupada pela base dos U.S. Marines.

A Constitucionalidade do acordo já vinha sendo questionada perante o judiciário no Caso Sunagawa¹⁹⁸, desde 1955. Na ocasião, sete integrantes de uma manifestação contra a expansão da base americana de Tachikawa invadiram zona restrita do complexo militar, sendo presas e denunciadas com base na Lei de Procedimentos Penais Especiais, aplicáveis a incidentes dentro de territórios utilizados pelas Forças Armadas Americanas.

A Corte Distrital de Tokyo decidiu incidentalmente no processo pela inconstitucionalidade do Tratado, em 1959, com fundamento na teoria da proibição de manutenção de potencial de guerra do segundo parágrafo do art. 9º, como aplicável também à tropas estrangeiras estacionadas, ainda que de forma permanente, em território japonês. Decidiu também pela inconstitucionalidade da Lei de Procedimentos Penais Especiais, que restringia direitos fundamentais a partir de procedimentos penais diferenciados da Lei Geral de Processo, inocentando todos os envolvidos.¹⁹⁹

É interessante observar que a questão, mesmo enfrentando materialmente a o debate constitucional, não enfrenta, entretanto, nenhum dos pontos mais polêmicos apresentados no capítulo 4. Na verdade, se apóia em um dos poucos pontos de convergência de opiniões, mas a partir de uma perspectiva diferente. Como observado no item 4.2.2.1, apesar de divergências em torno do conceito de potencial bélico, existe concordância no sentido de identificar sua natureza na escala do equipamento militar, bem como em seu objetivo.

Nesse sentido, sem adentrar na polêmica da expressão, adota essa mesma interpretação majoritária. Entretanto, aplica o entendimento de forma inovadora, qual seja, de que a proibição de manutenção de potencial bélico aplicar-se-ia inclusive ao potencial bélico de outra nação mantido em solo japonês. Nessa perspectiva a existência de base militar americana em solo japonês seria inconstitucional.

¹⁹⁸ KOBAYASHI, Takeshi. Op.cit. p. 45

¹⁹⁹ 日本政府がアメリカ軍の駐留を許容したのは、指揮権の有無、出動義務の有無に関わらず、日本国憲法第9条2項前段によって禁止される戦力の保持にあたり、違憲である。したがって、刑事特別法の罰則は日本国憲法第31条に違反する不合理なものである」と判定し、全員無罪の判決を下した（東京地判昭和 34.3.30 下級裁判所刑事裁判例集）(Corte Distrital de Tokyo, Shouwa 34.3.30, Repositório Jurisprudencial Criminal dos Tribunais Inferiores)

Entretanto, no mesmo ano, a Suprema Corte reformou a decisão, com base na teoria dos atos de governo, entendida pelas autoridades japonesas como a impossibilidade do judiciário de rever atos do Poder Executivo com alta carga de discricionariedade, acrescentando, ainda, que a expressão “potencial de guerra” se aplica apenas ao potencial sob comando ou direção direta do governo japonês, de forma que a presença americana não ofenderia o art. 9º da Constituição. A decisão final em 1963 condenou os envolvidos a uma multa no valor de 2000 ienes.²⁰⁰

5.3.5 Caso Naganuma Nike

Em 1973 a constitucionalidade da manutenção de uma Força de Autodefesa foi novamente questionada, na forma incidental, perante o Tribunal de Sapporo, no caso Naganuma Nike.

Na ocasião, para construção de uma base da força aérea do *Jieitai* com fins de lançamento dos Mísseis do tipo Nike-Hercules, o Ministério da Agricultura desconstituiu o status de reserva florestal de área localizada na cidade de Naganuma, Distrito Yubariguma, na ilha de Hokkaido.

A população se opôs ao ato e, partindo do pressuposto de que, sendo as forças de auto defesa inconstitucionais, a desconstituição da reserva florestal por esse motivo também o seria, ingressando, então, com ação buscando o reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo com base na inconstitucionalidade do art. 9º.

A Corte Distrital de Hokkaido proferiu decisão em primeira instância em 1973, reconhecendo a inconstitucionalidade do *Jieitai*. Conforme a decisão, as Forças de Autodefesa contrariam o art. 9º, pois o mesmo proíbe a manutenção de qualquer potencial de guerra, inclusive defensivo, e a mera ausência formal de um exército não significa a ausência desse potencial.

²⁰⁰ 「憲法第 9 条は日本が主権国として持つ固有の自衛権を否定しておらず、同条が禁止する戦力とは日本国が指揮・管理できる戦力のことであるから、外国の軍隊は戦力にあたらない。したがって、アメリカ軍の駐留は憲法及び前文の趣旨に反しない。他方で、日米安全保障条約のように高度な政治性をもつ条約については、一見してきわめて明白に違憲無効と認められない限り、その内容について違憲かどうかの法的判断を下すことはできない」（統治行為論）として原判決を破棄し地裁に差し戻した（最高裁大法廷判決昭和 34.12.16 最高裁判所刑事判例集 13・13・3225）（Decisão em Plenário da Suprema Corte, Era Shouwa 34.12.16, Repositório Jurisprudencial Criminal da Suprema Corte nº 13.13.3225）

Conseqüentemente, a base aérea também contraria o ordenamento jurídico, e, diante da inconstitucionalidade não é possível dizer que o cancelamento da reserva florestal está em consonância com o art. 26 do Código Florestal, segundo o qual tal cancelamento é possível na existência de interesse público relevante, pois um ato que privilegia instalação inconstitucional não pode representar o melhor interesse público.

A construção da base feriria, ainda, o direito “a uma existência pacífica”, presente no preâmbulo da Constituição, na medida em que uma base de “mísseis terra-ar” seria alvo primário em caso de conflito com outra nação. Além disso, a destruição da reserva colocaria o local sob a iminência de enchentes, colocando em risco a população da região.²⁰¹

A decisão foi, entretanto, reformada em segunda instância pela Corte Superior de Hokkaido em 1976, utilizando o mesmo argumento do caso Sunagawa, ou seja, afirmando que o objeto de julgamento possuía alto nível de discricionariedade política, não podendo ser reconhecida inconstitucionalidade incontroversa, aplicando-se, portanto, a teoria dos atos de governo.²⁰² Quanto ao risco de enchentes, a Corte estabeleceu à construção de uma barragem como compensação aos habitantes da região.²⁰³

A Suprema Corte, em 1982 rejeitou apelação da decisão de segunda instância sob o fundamento de ilegitimidade ativa dos habitantes da região por falta de interesse direto na demanda.²⁰⁴

5.3.6 Base Aérea de Hyakuri

O caso Hyakurikichi foi o último questionamento relevante do tema, no qual houve novamente tentativa de controle incidental de constitucionalidade o art. 9º. Na então cidade de Omachi, hoje Omitamashi, seria construída a base aérea Hyakuri das Forças de Autodefesa. Um grupo contrário a construção da base firmou contrato

²⁰¹ 札幌地判昭 48・9・7、判時 712・249 (Corte Distrital de Sapporo, Shouwa 48.9.7, Publicado sob nº 712.249)

²⁰² TASHIRO, Kikuo; MATSUYAMA, Chuuzou; KUZUU, Eijirou; MANAZURO, Toshiki. **Kenpou kara kangaeru: Heiwa to Jinken**, Tokyo: Houritsu Bunka, 1999. p. 49

²⁰³ 札幌高判昭 51・8・5、行裁例集 27・8・117 (Corte Distrital de Sapporo, Shouwa 51.8.5, nº 27.8.117)

²⁰⁴ 最一小判昭 57・9・9、民集 36・9・1679 (Suprema Corte, Shouwa 57.9.9, nº 36.9.1679)

com os proprietários das terras para compra das mesmas, mas o contrato foi rescindido e as terras vendidas a Agência de Defesa (atual Ministério da Defesa).

Os antigos compradores da área ingressaram com pedido de cancelamento do registro da nova compra, cumulada com o reconhecimento do contrato original com base no art. 98, I da Constituição, que estabelece o princípio da supremacia constitucional, a partir do qual qualquer ato que contrarie a lei fundamental não terá força legal ou validade, e, na situação concreta, a violação do ato de compra estaria configurada pela inconstitucionalidade das Forças de Autodefesa. Se as Forças são Inconstitucionais, não é possível celebrar ato jurídico de compra e venda de imóvel para sua utilização.

Em 1977 a Corte Distrital de Mito negou que o art. 9º renunciasse ao direito de autodefesa, e, não podendo ser averiguar de forma definitiva o “potencial de guerra” do *Jieitai*, sua inconstitucionalidade não poderia ser objeto da demanda. Aplicando a teoria dos atos de governo, se absteve de declarar a inconstitucionalidade. Prejudicado o mérito da ação, a mesma foi julgada improcedente.

Em 1981 a Corte de Tokyo manteve a decisão, no caso afirmando não haver possibilidade de qualquer pronunciamento acerca da constitucionalidade do *Jieitai*, seja pela dificuldade de aferir o potencial de guerra, seja pela sua natureza discricionária. Por fim, da mesma forma decidiu a Suprema Corte em 1989, dando fim à controvérsia nos tribunais japoneses.

Desde então o tema não foi mais enfrentado em nenhuma disputa judicial relevante. O debate continuou sendo travado eminentemente entre políticos, ONGs e nos bancos acadêmicos.

6. CONCLUSÃO

Ao final da presente análise, que se desenvolveu ao longo de três momentos distintos, inclusive metodologicamente, parece apropriado, a guisa de conclusão, uma reflexão acerca da correlação dessas três abordagens, clarificando a importância de um estudo acerca da história e do ordenamento jurídico de uma realidade substancialmente diferente daquela enfrentada pelo jurista brasileiro.

O estudioso do Direito não possui um laboratório no qual possa realizar experimentos, simular a relação das leis com a sociedade em uma determinada conjuntura histórica e social. Nessa medida e História, junto de outras ciências como a Sociologia e a Economia, oferece um instrumental não apenas para a compreensão da realidade, mas para seu aperfeiçoamento.

Se por um lado esse aperfeiçoamento tem um caráter inicial eminentemente teórico, o método comparado tem também seus motivos empíricos e utilitários. Nesse sentido PABLO LUCAS VERDU nos ensina que “(...) *método comparado ajuda no esclarecimento de questões obscuras e serve para inspirar medidas legislativas(...)*”²⁰⁵

Não é possível dizer que o presente trabalho pertence ao chamado Direito Constitucional Comparado, pois não compara dois ou mais sistemas. Não pode, entretanto, ser desvinculado desse campo do Direito vez que busca introduzir, elementos básicos indispensáveis à comparação, e é, portanto, um passo que antecede logicamente à essa.

VERDU afirma que só são suscetíveis de comparação ordenamentos que tenham alcançado um nível que os configura como totalidades orgânicas, sistemáticas e ordenadas, que representam um nível de racionalização do Estado Moderno²⁰⁶. Logo, a exposição do desenvolvimento do ordenamento jurídico bem como do Estado japonês no Capítulo 2, culminando com a Constituição Meiji que atribui formalmente ao Japão o caráter de Estado Moderno, surge como requisito para a validade deste estudo como instrumental para qualquer tipo de comparação.

Entretanto, não basta a exegese das normas jurídicas ou a compreensão orgânica das instituições que compõem um Estado, faz-se necessário ter em conta

²⁰⁵ VERDU, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**, Volume 1, 2ª Edición. Madrid:Tecnos, 1976, p. 405

²⁰⁶ VERDU, Pablo Lucas. Op.cit. p. 406

as condições sociais, históricas, bem como os resultados efetivos de dentro de um meio social para que não se incorra no erro de realizar uma comparação superficial de instituições formalmente semelhantes que possuem uma carga ideológica distinta que produzem efeitos distintos em realidades sociais distintos.

Assim, justifica-se a utilização de quase metade da extensão do presente trabalho para a verificação do processo de formação do ordenamento jurídico japonês e das duas Constituições do país, com foco nas questões políticas e ideológicas desse processo.

Por um lado temos a Constituição Meiji, que surge como produto da Restauração não para garantir uma ordem política, mas para garantir a soberania do país diante da pressão estrangeira. Caso não tivesse sido exposta a realidade social, econômica e política do Japão em um momento de transformações estruturais não apenas de suas instituições, mas de sua sociedade, o significado desse texto que tem o caráter inicial de uma “Constituição de fachada” estaria perdido, e qualquer leitura comparativa de seus artigos estaria necessariamente viciada de uma “inocência” derivada de da interpretação meramente jurídica.

Por sua vez, só a observação do processo de formação e de algumas de suas características básicas permite a compreensão do verdadeiro significado da Constituição de 1947, que, apesar de seguir o procedimento de revisão da Constituição anterior, é texto completamente novo, rompendo inclusive com cláusulas pétreas da Lei anterior. Tal fato é explicado pela necessidade de aceitação popular de uma Constituição que pode a primeira vista ser tida como Quartel General da Ocupação.

Ora, numa Constituição que tem origem tão peculiar, é evidente que a interpretação de qualquer artigo deve passar primeiramente por uma análise crítica dos motivos que deram azo à sua inclusão, bem como das intenções dos legisladores, obscuras à época e algumas vezes obscuras ainda hoje. Logo, como seria possível realizar qualquer leitura da Constituição do Japão sem conhecer sua origem e sem conhecer a realidade política e social que pretendeu transformar?

Fica claro, portanto, porque um trabalho que se propõe a analisar apenas um artigo de uma Constituição depende de todo o estudo que o precede, especialmente quando se trata de um artigo que concentra carga ideológica tão grande que não pode ser dissociado de forma alguma do procedimento que lhe deu origem.

A primeira parte desta Monografia deu o instrumental necessário para a interpretação do art. 9º, que trata do delicado tema da renúncia à guerra. Pudemos observar que, dentre as diversas leituras que sua redação, a primeira e mais extrema delas diz respeito à uma renúncia tão extensa ao que levou ao debate quanto à possibilidade ou não do Japão se defender de invasões estrangeiras.

Ainda que tal interpretação não tenha prevalecido, ela serve ponto de partida para uma série de discussões que vão desde a definição dos conceitos e expressões utilizados na redação até os limites das proibições e permissões que se depreendem de sua leitura.

A discussão no campo político parece prevalecer sobre argumentos jurídicos relacionados ao tema, de tal forma que é possível identificar até mesmo alguma deficiência técnica na forma como os próprios juristas lidaram com o assunto.

Por um lado temos interpretações restritivas que enxergam no texto constitucional a proibição ao próprio direito de defesa da nação. Por outro lado temos interpretações extensivas, que predominam entre autores e autoridades, que não só identificam a possibilidade de defesa do país como de seus aliados, e nessa medida aceitam plenamente a permanência de grande poderio bélico americano em solo japonês como também o envio de tropas japonesas à outros países

Ainda que a influência política na interpretação do artigo seja relevante, a opinião que prevalece não apenas entre juristas também no Poder Executivo e Judiciário é plenamente compreensível do ponto de vista jurídico, e apesar de todas as contradições, isso se dá partir de um complexo uso de diversas técnicas de interpretação que estão a serviço do intérprete para legitimar uma realidade que dificilmente poderia ser transformada, qual seja, a necessidade da existência de um exército, ainda que, mesmo não constituído formalmente sob essa denominação, apresenta a maioria das características que o definiriam como tal em outras circunstâncias.

Apesar da vasta argumentação material até mesmo dentro dos Poderes Executivo e Legislativo, é o Judiciário que mais evita apreciar o mérito da questão. Talvez numa demonstração de confiança no Poder Executivo, apela sempre à impossibilidade de revisão de atos discricionários da administração pública. Pode ser, no entanto, que tema entrar em um debate de temas tão amplos em que qualquer decisão trará uma série de consequências políticas imprevisíveis.

O que fica mais patente com o presente trabalho são justamente todos temas que nele não puderam ser abordados, dentre eles as motivações do judiciário e possibilidade de revisão de atos de governo da administração pública, que são questões sérias, mas talvez muito peculiares da realidade japonesa.²⁰⁷

Existe, entretanto, uma série de outros temas de diversos ramos do Direito, que merecem estudo mais detalhado, e vão desde de conceitos de direito internacional, notadamente aqueles concernentes às definições de guerra, à questões fundamentais à própria noção de soberania, que se materializa especialmente na “imposição” da atual Constituição Japonesa por parte de uma força estrangeira em Ocupação provisória após a derrota na Segunda Guerra Mundial.

Logo, longe de pretender resolver os problemas apresentados ou mesmo transpô-los para a realidade brasileira, esta Monografia, essencialmente descritiva de uma realidade, pretende servir de instrumental para a identificação de novos problemas e para a discussão de problemas antigos por uma perspectiva diferente, introduzindo a experiência empírica do constitucionalismo japonês como fonte pouco explorada para novas reflexões no Direito.

²⁰⁷ Problema já observado por VERDU, quando este afirma que por um lado existe a necessidade de ter em conta na comparação de normas e jurisprudência seus fatores ideológicos, e, por outro, a dificuldade de reduzir tais elementos a termos concretos e positivos que a comparação exige. VERDU, Pablo Lucas. Op.cit. p. 417

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEASLEY, W. G., Meiji political institutions, In: JANSEN, Marius B. (Coord.) **The Cambridge History of Japan**, Volume 5, The Early Nineteenth Century. Cambridge University Press, 2008.

_____. The foreign threat and the opening of the ports, In: JANSEN, Marius B. (coord.) **The Cambridge History of Japan**, Volume 5, Early The Nineteenth Century. Cambridge University Press, 2008.

COLEGROVE, Kenneth. The Japanese Constitutions, In: **The American Political Science Review**, Vol. 31, No. 6 (Dec., 1937), pp. 1027. Disponível na internet <http://www.jstor.org/stable/1948956>. Acesso em: 07/06/2011.

ELISONAS, Jurgis, Christianity and the daimyo, In: HALL, John Whitney (coord.) **The Cambridge History of Japan, Volume 4, Early Modern Japan**. Cambridge University Press, 2008.

FUJITA, Hisanori. **Nihonkokukenpou**, Japão: Hokujuushuppan, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**, São Paulo: Edições Loyola.

HALL, John Whitney. **Japan: From Prehistory to Modern Times**, Tokyo: Charles Tuttle Company, 1995.

HERZOG, Peter J. Political Theories in the Japanese Constitution, In: **Monumenta Nipponica**, Vol. 7, No. 1/2 (1951), pp. 2. Disponível na internet <http://www.jstor.org/stable/2382947>. Acesso em: 07/06/2011

ITSUNOMIYA, Shizuo. **Kenpou Daikyuujou no Hennsen to Kaishaku**. Japão: Editora Yuushindou, 1969.

KADES, Charles L.; The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution, In: **Political Science Quarterly**, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), pp. 215-247. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 13/06/2011.

_____. **Kousennken hinin wa muyou datta**. Gendai, Volume 15, nº 8, Agosto/1981.

KASUYA, Susumu. **Kenpou Kyuujou to Jieiken**, Japão: Editora Hougakushouin, 1986.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**, New York, Rinehart, 1952.

Kenpou chousakai hen. Kenpou chousakai dainanakaisoukaigi jiroku, Tokyo: Ookurashou Insatsukyoku, 1958.

KIYOMIYA, Saburou. **Kenpou Yoron**, Japão: Editora Houbunsha, 1957

KOBAYASHI, Takeshi. **Youkoso Nihonkokukenpou**, Japão: Editora Hougakushoin, 7ª Edição, 2006

LIMA SOBRINHO, Barbosa, **Japão: Capital se faz em casa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990

MAKI, John M. **Japan's Commission on the Constitution**, the Final Report, University of Washington Press, 1981

MARGADANT, Guillermo F. **Evolución Del Derecho Japones**. Mexico: Miguel Angel Porruá Librebro – Editor, 1984.

MCNELLY, Theodor. American Influence and Japan's No-War Constitution, In: **Political Science Quarterly**, Vol. 67, No. 4 (December, 1992), pp. 590-591. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2145143>. Acesso em: 13/06/2011.

MELLO, Celso. **Curso de Direito Internacional Público**. 10a. Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

MINOBE, Tatsukichi. **Nihonkokukennpou Genron**, Japão: Editora Yuuhikaku, 1948.

MOORE, Ray A., Reflections on the Occupation of Japan, **The Journal of Asian Studies**, n. 38 (August 1979)

MURATA, Kiyosaki. **Kenpou Kyuujou no Nazo: Makkaasaa wa nani wo kangaeiteitaka**, in: Kenpou no Ronten, Japan: Nikkeishinbunsha, 2004

NISHI, Osamu. **Jieiken**, Japão: Editora Gakuyou, 1978.

OONISHI, Yoshio. Zenbun no Naiyou In: **Kenpou Kougi**, Vol. 1, SATOU, Isao (Coord.), Yuuhikaku, 1963

Sangiinjimushouhen. Teikokukenpoukaiseishingiroku (Sensouhoukihen), Tokyo: Shin Nihon Houki Shuppan, 1952.

SATOU, Isao. **Nihonkokukenpou ni okeru Anzenhoshouboushiki to Seijikikou**. Heiwa Kenkyuu, 1990.

_____. **Nihonkokukenpougaisetsu**. Japão: Editora Gakuyoushobou, 1996.

_____. **Kenpou (Jou)(Poketto Chuushaku Kensho)**. Tokyo: Yuuhikaku, 2001.

_____. **Kenpou Kaishaku no Shomondai**, Japão: Yuuhikaku, 1953

SIEMES, Johannes. Hermann Roesler's Commentaries on the Meiji Constitution In: **Monumenta Nipponica**, Vol. 19, No. 1/2 (1964), pg. 38. Disponível na internet <http://www.jstor.org/stable/1948956>. Acesso em: 07/06/2011

SUGAI, Shuichi; SONOBE, Itsuo. **Nihon no Gyouseihou**, Japão: Editora Gyousei, 1999.

SUZUKI, Yasuzou. **Kenpougakugenron**. Japão: Editora Keisoshobou, 1956

T. A. BISSON. The Price of Peace for Japan, **Pacific Affairs**, Vol. 17, No. 1, Março, 1944, pg 18. Disponível na internet: <http://www.jstor.org/stable/2751993> . Acesso em: 07/06/2011.

TABATA, Shigeburo. **Kokusaihokougi**, Tokyo, Yushindou, 1959.

TAKANO, Yuuichi. **Kenpoudaikyuujou – Kokusaihouteiki ni Mita Sensouhoukijoukou**. Japão: Yuuhikaku, 1964.

TANAKA, Hideo. **Kenpouseiteikateioboesho**, Japão: Editora Yuuhikaku, 1987.

TASHIRO, Kikuo; MATSUYAMA, Chuuzou; KUZUU, Eijirou; MANAZURO, Toshiki. **Kenpou kara kangaeru: Heiwa to Jinken**, Tokyo: Houritsu Bunka, 1999.

TSURU, Shigeto. **Japan's Capitalism**. UK: Cambridge University Press, 1993

VERDU, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Politico**, Volume 1, 2ª Edición. Madrid:Tecnos, 1976

YASUZAWA, Kiichirou. **Kisou oyobi seitei no jijitsu ni rikkyakushita kenpoudaikyuujou no kaishaku**. Japão: Editora Seibundou, 1981.

YOKOTA, Kisaburou. **Sensou no Houki**, Japão: Kokuritsushouin, 1947.

WARD, E. Robert. The Comission on The Constitution and Prospects for Constitucional Changes in Japan, **The Journal of Asian Studies**, Vol. 24, No. 03, May, 1965, pg 402. Disponível na internet :<http://www.jstor.org/stable/2050343>. Acesso em: 13/06/2011.